Der Schutz des privaten wirtschaftlichen Unternehmens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Ernst Walther,

Bonn, Am botan. Garten 18.

Druck Buch- und Kunstdruckerei Johannes Düppen, Oberkassel bei Bonn.

lq/20

Der Schutz des privaten wirtschaftlichen Unternehmens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Ernst Walther,

Bonn, Am botan. Garten 18.

Referent: Prof. Dr. W. Schönfeld.

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Oktober 1930.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Braut!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548026_0095

Verzeichnis

der in der Dissertation enthaltenen Druckfehler.

Seite 21, 1. Absatz, vorletzte Zeile muß es heißen: konkret, nicht kongrete.

Seite 21, letzter Absatz, 15. Zeile muß es heißen: Aussterben, nicht Ausstreben.

Seite 24, letzter Absatz, letzte Zeile muß es heißen: ... sondern die Einheit der einer ...

Seite 36, 11. Zeile von oben muß es heißen: S. 15, nicht S. 9.

Seite 38, 8. Zeile von unten muß es heißen: den Gewerbetreibenden, nicht dem ...

Seite 50, 2. Absatz, 4. Zeile muß es heißen: „Zugehör", nicht „Zubehör".

Seite 58, 1. Absatz, 9. Zeile von unten muß es heißen: seinen materiellen ..., nicht seinem ...

Seite 74, 1. Absatz, 5. Zeile von unten muß es heißen: Diese Ausnahme, nicht Annahme.

Seite 80, unter 3., 1. Absatz, 5. Zeile muß es heißen: Negoziabilität.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Allgemeiner Teil 9

I. Das Unternehmen 11

II. Interessen, welche die Schutzwürdigkeit des Unternehmens begründen 21

III. Die rechtliche Natur des Unternehmens und des Unternehmensschutzrechts 23

B. Besonderer Teil 33

I. Schutz des Unternehmens gegen Angriffe von außen . . 35

1) Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ 35
2) Firmen- und Warenzeichenschutz 40
3) § 6 des preuß. Gesetzes über die Bahneinheit und Art. 6 des württembergischen 42
4) §§ 3 und 4 preuß. Quellenschutzgesetz 42
5) Mieterschutz 44
6) Schutz des Unternehmens bei der Zwangsvollstreckung 45
7) § 26 der Gewerbeordnung 56
8) Schutz des Unternehmens im Arbeitskampf 57

II. Schutz des Unternehmens gegen den Unternehmer . . . 61

1) § 5 bezw. Art. 5 der Bahneinheitsgesetze 62
2) Die Stillegungsverordnung 63
3) § 29 preuß. Quellenschutzgesetz und § 24 preuß. Eisenbahngesetz 68
4) §§ 28 und 30 und nochmals § 29 preuß. Quellenschutzgesetz 69
5) § 65 preuß. Berggesetz 70
6) § 21 preuß. Eisenbahngesetz 71

III. Schutz der Organisation 73

1) Schutz gegen Auflösung 73
2) Schutz bei Umwandlung und Unternehmensübertragung 75

IV. Schutz der unternehmerischen Betätigung als solcher . . 79

1) Unternehmensschutz und unlauterer Wettbewerb . . 79
2) §§ 8, 9 Kartellverordnung 80
3) Schutz der Aktiengesellschaft gegen Ueberfremdung . 80
4) Schutz der Gesellschaften gegen ihre Mitglieder . . . 81

C. Schlußkapitel 83

Literaturverzeichnis:

Binder: Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig 1905.

Birkmeyer: Ueber das Vermögen. Erlangen 1879.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts. 1910.

Depène, Joh.: Kann ein Unternehmen Objekt eines Rechts sein? Diss. Greifswald 1920.

Eckhardt: Betrieb und Unternehmer. Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 94, S. 1.

Erdmann, Gerh. u. Anthes, Hans Georg: Betriebsstillegungsverordnung. 1926.

Eger, Georg: Das Gesetz über die Bahneinheiten, Kommentar. 1914.

Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1923.

Flechtheim: Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht, Bericht an den Enquete-Ausschuß des Reichswirtschaftsrats.

Göppert, Heinrich: Kommentar zu der Verordnung betr. Maßnahmen gegenüber Betriebsstillegungen und -abbrüchen. Berlin 1929.

Geller, Leo: Das Unternehmen, Oesterreichisches Zentralblatt. Bd. 26/28. 1908/10.

Die Stellung des Unternehmens im Bürgerlichen Recht, Oesterreich. Zentr. Bl. Bd. 31.

Das Unternehmen und seine Beziehungen zu Firma, Schild und Warenzeichen. 1913.

Haußmann, Fritz: Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht. Berlin 1928.

Horrwitz: Schutz- und Vorratsaktien. Berlin 1926.

Isay, Rud.: Das Recht am Unternehmen. 1910.
Die Bedeutung der Patente im Wirtschaftskampf. Tübingen 1926.

Jacobi, Erwin: Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927.
Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926.

Kantorowicz-Kluckhohn: Betriebsabbrüche und Stillegungen. 1921.

Kohler, J.: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit. Arch. f. bürg. Recht. Bd. 22.

Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1912.
Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht. 1915.

Matthiessen: Befugnisse des Zwangsverwalters zur Fortsetzung oder Einrichtung eines Gewerbebetriebes auf dem Grundstück des Schuldners.

Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 31. S. 315.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1921.
Die Entartungen des deutschen Aktienwesens seit der Inflationszeit.

Erhaltung des Unternehmens Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 61 S. 357.

Der Schutz der Unternehmerarbeit. ZfH. Bd. 64.

Nußbaum: Stimmrechtsaktie und Aktienreform.

v. Ohmeyer: Das Unternehmen als Rechtsobjekt. 1906.

Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.

Pisko, Oskar: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs 1907.

Rathenau, Walther: Vom Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung, Gesammelte Schriften, S. Fischer. Berlin 1918.

Rosenstock: Vom Industrierecht. Berlin 1926.

Reiche, Helmuth: Das Recht am Unternehmen. Diss. Greifswald 1920.

Reindl: Die deutsche Gewerkschaftsbewegung. 1922.

Renner, Karl: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Tübingen 1929.

Schmidt, Erich: Das Unternehmen als Sicherungs- und Befriedigungsmittel. Diss. Bonn 1929.

Schmulewitz: Die Verwaltungsaktie. Ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen. Berlin 1927.

Schönfeld, Walther: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, II. Bd. 1929.

Schreuer, Hans: Deutsches Privatrecht. Stuttgart 1921.

Weigert, O.: Betriebsstillegungen und Arbeitsstreckung, 1924 mit Nachtrag von 1926.

Wolff, Martin: Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts. Berliner Festgabe für Gierke, Bd. II. 1910.

A. Allgemeiner Teil.

I. Das Unternehmen.

Eine Erörterung über das Recht des Unternehmensschutzes wird zweckmäßigerweise mit der Prüfung der Schutzwürdigkeit des Objekts beginnen. Dazu ist es notwendig, zunächst dessen ökonomisches Wesen zu erforschen. Im Anschluß an die Erörterungen über das Wesen des Unternehmens werden dann die allgemeinen Interessen aufgezeigt werden, die sich mit dem Unternehmen verknüpfen, womit dessen Schutzwürdigkeit bewiesen sein wird.

Das Unternehmen ist zunächst, ganz allgemein gesagt, Produkt und Mittel des Gewinnstrebens. Es basiert auf dem Gedanken, daß mit der Befriedigung eines im Publikum bestehenden Bedürfnisses Geld zu verdienen ist. Nachdem der Erwerbstätige sich für ein bestimmtes Bedürfnis entschieden hat, beginnt er, die zu seiner Befriedigung notwendigen Anstalten zu treffen. Meist wird er ohne die Heranziehung von Hilfsmitteln und Hilfskräften nicht auskommen. Durch Organisation derselben zu einer wirtschaftlichen Einheit schafft er dann das Unternehmen. Um diese Organisation vornehmen zu können, muß er die benötigten Mittel und Kräfte zunächst einmal in seine Gewalt bringen. Er wird also in der Regel diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen sich und diesen Mitteln und Kräften schaffen, welche ihn rechtlich in die Lage versetzen, sie zu derjenigen wirtschaftlichen Beziehung zueinander zu bringen, die nötig ist, um die beabsichtigte Erwerbstätigkeit mit ihnen zu bewältigen: Er wird z. B. Grundstücke (Gebäude) erwerben, desgleichen bewegliche Sachen (Ladeneinrichtung, Lager- und Büroeinrichtung, Warenvorräte), und er wird Dienstverträge abschließen (Geschäftsleiter, Verkäufer, Einkäufer, Buchhalter, Lageristen). Ferner wird er eine Firma annehmen, Konzessionen erwerben, desgleichen vielleicht Urheber- und Warenzeichenrechte usw. Dieser Rechtserwerb dient, wie gesagt, dazu, die Organisationsgewalt zu bekommen. Auf Grund dieser Gewalt kann er daran gehen, die Betriebsmittel (einschließlich der Arbeitskräfte) zu ordnen. Er kann also nun in obigem Beispiel den Laden, das Lager, die Büroräume, in dem oder den Gebäuden, deren Lage zum Publikum und unter sich schon nach der beabsichtigten Bedürfnisbefriedigung gewählt sind, einzurichten, die Waren zweckmäßig zu lagern, die Arbeitskräfte einzustellen, d. h. jedem seinen Ort und seine Kompetenz zuzuweisen. Auch gewisse, nicht zu unterschätzende tatsächliche Beziehungen muß er geschaffen, etwa mit Lieferanten festere Verbindungen angeknüpft haben, damit ihm die Waren, auf deren Vertrieb er sich konzentriert

hat, nicht ausgehen. Nachdem Vorbereitungen dieser Art getroffen sind, kann er mit der Bedürfnisbefriedigung beginnen (er macht den Laden auf).

Während in der ersten Zeit das Unternehmen in seiner Existenz ganz von der Individualität des Unternehmers abhängig ist, tritt diese mit der Zeit immer mehr in den Hintergrund. Je mehr sich das Unternehmen „einlebt", den Anschluß an die Wirtschaft findet, d. h. vor allem sich eine sichere Kundschaft erwirbt, sowie feste Beziehungen zu Lieferanten anknüpft, und der Betrieb „läuft", d. h. das Personal sich eingearbeitet und die sächliche und rechtliche Organisation der Betriebsmittel sich erprobt und gefestigt hat, desto mehr verselbständigt sich das Unternehmen, gewinnt ein gewisses Eigenleben und löst sich — je nach Art und Typ des Unternehmens mehr oder minder — von der Individualität des jeweiligen Unternehmers los. Durch diesen Verschmelzungsprozeß, den die Organisation des Unternehmens in sich und mit der wirtschaftlichen Umwelt erlebt, wird das Unternehmen, je länger es betrieben wird, umsomehr aus einer bloßen Ausstrahlung der unternehmerischen Individualität zu einem Komplex, der in sich eine Einheit bildet. Diese Einheit als solche — nicht etwa als bloße Summation ihrer Bestandteile — stellt einen eigenen wirtschaftlichen Wert dar und verleiht rückstrahlend auch ihren Elementen in ihrer Eigenschaft als Unternehmensbestandteilen oder Unternehmenszubehör einen besonderen, über den reinen Sachwert hinausgehenden Wert. *Diese Tatsache ist die erste Voraussetzung dafür, daß der Gedanke des Unternehmensschutzes überhaupt gefaßt werden kann.* Die Unternehmen sind eben nicht nur Anhäufungen von Betriebsmitteln oder zufällige Kombinationen solcher, sondern bei dem augenblicklich bei uns herrschenden Wirtschaftssystem jedenfalls, die lebendigen Zellen, aus denen sich der Körper der Wirtschaft aufbaut.

Sieht man sich diesen Komplex an, aus dem die Einheit des Unternehmens besteht, so findet man die heterogensten Dinge darin vereinigt. Erich Schmidt hat darüber einen ganzen Katalog aufgestellt (S. 59). Es ist unbestreitbar, daß das Unternehmen „körperliche Sachen, Forderungen, sonstige festumgrenzte, in sich geschlossene subjektive Rechte, aber auch rein tatsächliche Beziehungen, wie Bezugsquellen, Geschäftsgeheimnisse, Kundschaft u. dergl., die sich an den Namen (die Firma) des Inhabers oder an die besondere Benennung des Unternehmens knüpfen", umfaßt. Ein Blick auf die Tatsachen lehrt, daß es so ist. Ob man die aufgeführten Bestandteile allerdings als Vermögensgegenstände bezeichnen kann, was Schönfeld mit Recht bestreitet (S. 269), ist eine andere Frage! Aber es läßt sich schlechterdings nicht leugnen, daß etwa die Geschäftsverbindungen — ohne Zweifel etwas rein Tatsächliches — in dem Unternehmen ebenso beschlossen sind wie das Fabrikgebäude und die Warenvorräte. Jene Verbindungen sind auch keineswegs *in* dem Unternehmen *als Gliederung*, sondern sie sind eben-

falls Objekte der Gliederung — sie werden ausgenutzt wie etwa die Sachen benutzt werden. Ebensowenig kann geleugnet werden, daß sich neben Sachen und tatsächlichen Verhältnissen auch Rechte in dem Unternehmensorganismus befinden, und zwar sowohl als Bestandteile seiner Organisation, wie etwa das Eigentum an den sächlichen Betriebsmitteln, als auch als Betriebsmittel selbst, wie etwa die Hypotheken der Hypothekenbank. Ferner gehören dazu jedenfalls die im Betriebe begründeten Forderungen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es doch im Handelsgesetzbuch bei der Uebertragung des Handelsgeschäfts, des kaufmännischen Unternehmens, freigestellt sei, ob die Forderungen mitübertragen werden oder nicht, daß ihre Zugehörigkeit zum Unternehmen also diesem nicht wesentlich sei. Denn eine ökonomische Einheit wird nicht dadurch ohne weiteres zerstört, daß man einzelne Teile herausnimmt. Es kommt auf deren Bedeutung für das Ganze an. Solange nur soviel abgetrennt wird, daß der Rest noch „funktioniert", ist die Einheit nicht zerstört, weil sie eben eine funktionelle ist. Das ist bei jedem Organismus so. Ein Baum bleibt immer noch ein Baum, auch wenn man einzelne Aeste absägt. Was wesentlich zu einem Unternehmen gehört, ist Tatfrage und läßt sich überhaupt nicht generell bestimmen. Hier handelt es sich ja auch nur darum, was dazu gehören kann.

Wenn oben gesagt wurde, das Unternehmen hebe sich von dem Unternehmer als einheitlicher Komplex ab, so bedeutet das doch nicht, daß der Unternehmer entbehrlich sei. Er ist, um im Bilde zu bleiben, vielmehr der Kern der Zelle, aus dem sie sich dauernd regeneriert. Nicht wird das Unternehmen von der Person des Unternehmers jemals unabhängig oder löst sich von ihr los, wohl aber von seiner Individualität, wie auch oben gesagt wurde. Es muß immer einen Herrn haben, aber es muß nicht immer derselbe Herr sein. Es ist vielmehr möglich, daß das Unternehmen bleibt, obwohl der Unternehmer wechselt. Trotz dieser Selbständigkeit aber steht und fällt das Unternehmen mit dem Unternehmer. Es ist nicht denkbar, daß es überhaupt ohne einen Unternehmer bestehen könnte, und es bleibt, solange es existiert, seinem Willen unterworfen. Grundsätzlich kann er es fortführen, veräußern, zerschlagen oder umgestalten, wie es ihm beliebt. Nichts beweist jedoch mehr, daß das Unternehmen tatsächlich ein einheitlicher Gegenstand ist, als gerade diese Vertretbarkeit des Unternehmers. Der Erwerber eines Unternehmens erwirbt nicht die einzelnen Gegenstände, die das Unternehmen ausmachen, um ihrer selbst, sondern gerade um ihrer funktionellen Einheit willen. Wäre das Unternehmen nichts als der Unternehmer im Betrieb, wie Schönfeld meint, also gleichsam ein Annex der Person, so wäre es unbegreiflich, wie der Unternehmer vertretbar sein könnte. Nichts läßt die Einheit des Unternehmens klarer zutage treten als die Uebergangszustände beim Wechsel des Unternehmers. Stirbt z. B. der Unternehmer, so bleibt die Einheit erhalten, sie tritt nur aus dem Zustand

der Bewegung in den der bloßen Bereitschaft, *aber sie bleibt*. In diesem Zustand findet sie der Erbe vor. Er kann sich nun entscheiden, ob er die funktionelle Ordnung der überkommenen Gegenstände belassen und sich ihrer bedienen, ob er das Unternehmen fortführen, oder ob er sie zerschlagen will. Er steht davor, wie vor einer geladenen Kanone: Er kann schießen oder die Ladung herausnehmen und das Geschütz verschrotten. Die Einheit geht nicht ohne weiteres zugrunde, wenn die funktionelle Bereitschaft nicht ausgenutzt wird. Sie verliert nur von Tag zu Tag mehr von ihrer Gebrauchsfähigkeit, weil sie von der wirtschaftlichen Umwelt abhängig ist: Die Kunden verlaufen sich, die Bezugsquellen geraten in Vergessenheit, die Maschinen verrosten. Die Einheit des Unternehmens ist von dem Leben abhängig, dem sie dient. Das ist alles — und es ist eigentlich selbstverständlich.

Andererseits ist die Einheit des Unternehmens als ökonomischen Gebildes nicht deshalb zu leugnen, weil immer ein Unternehmer dazu gehört. Wenn sich das Unternehmen auch niemals ganz von der Person lösen und außerhalb ihrer bestehen kann, wie etwa ein Buch oder ein Haus, weil ihm die Erfüllung einer Funktion wesentlich ist, wenn es also auch niemals eine rein gegenständliche Einheit bilden kann, so bildet es doch eine Einheit. Daß diese von ganz besonderer Art ist, wurde schon gesagt. Die Besonderheit liegt darin, daß körperliche Gegenstände, Verhältnisse von Mensch zu Mensch (Geschäftsverbindungen) und sogar Bestandteile der Person (Namen, Firma) zu einem Ganzen verschmolzen werden. Sie werden es lediglich durch die gemeinsame Benutzung zur Erfüllung einer gemeinsamen Funktion.

Wie oben angedeutet, muß der Unternehmer sich als erstes die Organisationsgewalt verschaffen. In der Regel wird er, wie gesagt, zu diesem Zwecke Rechtsbeziehungen der mannigfachsten Art zwischen sich und der Umwelt gründen. Diese Rechtsbeziehungen erhalten sich über den Schöpfungsakt hinaus als Basis der unternehmerischen Betätigung in und mit dem Unternehmen. Die erwähnten Rechtsbeziehungen sichern dem Unternehmer eine Sphäre, innerhalb deren er schalten und walten kann, wie es ihm beliebt, und die auch nach außenhin als ein abgeschlossener Bereich einer bestimmten Persönlichkeit erscheint (Firma, Warenzeichen, Etablissementsbezeichnung etc.). Je mehr das Unternehmen an Festigkeit gewinnt, desto weniger sind die einzelnen Rechtsbeziehungen erkennbar. Mit der Zeit und dadurch, daß auf der einen Seite aller jener Rechte und Rechtsverhältnisse immer der Unternehmer steht, verschmelzen sie zu einer einheitlichen unternehmerischen Rechtsposition gegenüber jenem Komplex. Der Unternehmer erscheint nun als Inhaber einer die Gesamtheit des Unternehmens erfassenden zentralen Herrschaftsmacht (vgl. an dieser Stelle Oppikofer). Dies ist der Grund, weshalb man von einem „Eigentum am Betrieb" wie von etwas ganz Selbstverständlichem spricht (vgl. Aus-

führungsanweisung des Reichswirtschaftsministers zur Stilllegungsverordnung v. 8. 7. 1924). Aus eben diesem Grunde hat man auch das Verhältnis des Unternehmers zu seinem Unternehmen schon als ein dem Besitzstand ähnliches bezeichnet (Geller, Unternehmen und seine Beziehungen usw., ferner RG. 73, 111 in Verbindung mit RG. 59 Nr. 89).

Es ist jedoch nicht zutreffend, in dieser rechtlichen Organisation etwas Wesentliches des Unternehmensbegriffs zu sehen. Der Rechtserwerb ist, wie gesagt, nur Mittel zum Zweck, er dient nur der Erlangung der tatsächlichen Organisationsgewalt. Dem Organisator und Befehlshaber Unternehmer ist es nicht um ein juristisches Kunstwerk zu tun. Er empfindet das Juristische vielmehr meist als Hemmung, als Einengung seines freien Willens. Ihm ist es um die Ausschöpfung des realen Gehaltes der Rechtsorganisation zu tun. Die Rechtsgemeinschaft verlangt von ihm, daß sich sein ökonomisches Leben in den Formen und nach den Normen des Rechts vollzieht. Deshalb bedarf es bei der Organisation des Umwegs über den Rechtserwerb. Anders ist es in einer rechtlichen Gemeinschaft nicht möglich, sich die Gewalt über Personen und Sachen zu verschaffen. Für das Unternehmen als ökonomische Erscheinung ist es aber nicht wesentlich, daß neben der ökonomischen Organisation, der Ordnung der Betriebsmittel und -Kräfte zum Zwecke der Erfüllung einer gemeinsamen Funktion, auch eine rechtliche einhergeht. Ob ein Unternehmer in einem mondänen Badeort ein Grundstück kauft, ein Gebäude darauf errichtet, Personal im Arbeitsvertrage anstellt etc. und so ein Hotelunternehmen errichtet, oder ob er als Seeräuber ein Schiff kapert, es in jenem Badeort ständig verankert, als Hotel einrichtet und geraubte, nur der Gewalt folgende Sklaven als Personal verwendet, ist für die Frage, ob es sich um ein Unternehmen handelt oder nicht, ganz gleichgültig. Entscheidend ist allein, ob die Betriebsmittel und -Kräfte der Erfüllung einer gemeinsamen wirtschaftlichen Funktion als „Hotel" dienen oder nicht. Die gemeinsame Indienststellung für die Funktion macht sie zur Einheit, nicht die Tatsache, daß der Unternehmer auf Grund eines mannigfachen Rechtserwerbs auch berechtigt ist, sie dieser Funktion zu widmen und zum Zwecke der Erfüllung derselben sich ihrer dauernd zu bedienen, ob seiner Machtposition auch eine Rechtsposition entspricht. Diese ist in einer Rechtsgemeinschaft nur ein ökonomisches Gebot! Denn ohne ausreichendes juristisches Fundament ist die ökonomische Organisation der Gefahr ausgesetzt, daß andere Personen ihre Rechte an den benutzten Gegenständen geltend machen. Jener Seeräuber schwebt dauernd in der Gefahr, daß der Eigentümer des Schiffes dieses vindiziert. Das Unternehmen ist nicht deshalb ein Unternehmen, weil es in der Form und Norm des Rechts ist, sondern seine Organisation wird rechtlich unterbaut, weil es ein Unternehmen ist, damit es seiner Bestimmung auch wirklich dienen kann. Die Rechtsorganisation

des Unternehmens ist weiter nichts als eine Beugung des unternehmerischen Willens unter die Norm des Rechts, weil er sich anders als normgemäß in einer rechtlichen Gemeinschaft nicht betätigen kann.

Aus den obigen Schilderungen geht hervor, daß für die Entstehung des Unternehmens drei Faktoren mitbestimmend sind: der Wille des Unternehmers, die auf diesem beruhende Organisation und eine gewisse Dauer des Betriebes. Erst durch das Zusammenwirken dieser drei Momente entsteht das Unternehmen. Der Wille des Unternehmers genügt nicht. Er kann nicht einfach dekretieren: Die Summe dieser hier angehäuften Gegenstände ist mein Unternehmen. Er muß sie organisieren. Und der energischste Wille wird ohne Organisationskraft nie ein Unternehmen schaffen. Aber auch die beste Organisation ist noch kein Unternehmen, wenn es ihr nicht gelingt, sich in das Wirtschaftsleben einzufügen, wenn sie sich nicht nach dessen Belangen einstellt und wandelt. Diese Einfügung braucht Zeit. Diese drei Faktoren sind auch weiterhin für die Existenz des Unternehmens bestimmend. Der Wille des Unternehmers kann die Einheit vernichten, aber er ist andererseits machtlos, sie entgegen den Belangen der Wirtschaft aufrecht zu erhalten. Wechseln die Bedürfnisse, so muß sich das Unternehmen wandeln oder zu Grunde gehen. Auch muß der Betrieb des Unternehmens dauernd weiterlaufen, damit er nicht aus dem Gefüge der Wirtschaft als unnützes Glied ausgeschieden wird. Die Verknüpfung eines Betriebes mit der Wirtschaft dürfte somit das entscheidende Charakteristikum des Unternehmens sein. Das Unternehmen trägt den Charakter eines Vermittlers. Sein Wesen ist kaufmännischer Natur. Es vermittelt zwischen den wirtschaftlichen Bedürfnissen und den Gelegenheiten ihrer Befriedigung. Die große Bedeutung des Unternehmens besteht somit in der Erleichterung der Bedürfnisbefriedigung. Nichts anderes sagt z. B. Geller, wenn er das Wesen des Unternehmens in einem dauernden Leistungsangebot sieht, oder Pisko, wenn er „die organisierte Absatzgelegenheit" in seine Definition aufnimmt.

An dieser Stelle muß auf den Unterschied von Unternehmen und Betrieb eingegangen werden, bevor eine Definition des Unternehmensbegriffes erfolgen kann. Erwin Jacobi definiert den Betrieb als eine „Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem Rechtssubjekt (oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam) gesetzten technischen Zwecks". (Jacobi, Unternehmen und Betrieb etc. S. 4 und 9; Grundlehren S. 286). Dieser Definition ist grundsätzlich zuzustimmen. Mit Recht macht jedoch Eckhardt geltend, daß der Gesamtbetrieb des Unternehmens ohne Zweifel *auch als Betrieb* anzusehen sei, daß vielmehr die Einzelbetriebe eines Unternehmens nur „technisch und räumlich geschlossene Betriebsabteilungen (Betriebsfilialen)" seien. Auch Jacobi nimmt auf die Tatsache Rücksicht, daß mehrere Betriebe in seinem Sinne doch als *ein* Betrieb anzusehen seien, wenn sie durch

das Arbeitsverfahren verbunden seien. Es ist Eckhardt zuzustimmen, wenn er an Stelle dieses reichlich unklaren und zu neuen Zweifeln Anlaß gebenden Begriffs den der organisatorischen Zusammenordnung setzen will. Auch eine organisatorische Zusammenordnung mehrerer Betriebe (Betriebsfilialen) zu einem Gesamtbetrieb ist daher als Betrieb anzusprechen. Unzutreffend ist es, wenn Eckhardt die Jacobi'sche Definition deshalb verwirft, weil sie den Zusammenhang zwischen objektivem und subjektivem Betriebsbegriff zerstöre. Die Worte „zur fortgesetzten Verfolgung" bringen gerade genug von der Tätigkeit des Betriebens in den Begriff hinein, während andererseits die allerdings sehr starke Betonung des Objektiven ganz dem Sprachgebrauche entspricht, welcher den Begriff wohl überwiegend objektiv faßt. So nimmt z. B. niemand daran Anstoß, wenn von still-liegenden Betrieben gesprochen wird, was sicher der Fall wäre, wenn gemeinhin die subjektive Seite des Betriebsbegriffs im Vordergrund stünde.

Einigkeit herrscht darüber, daß der Charakter des Betriebes ein technischer ist. In allen Fällen, in denen man von einem Betrieb spricht, fällt diesem ja die Aufgabe zu, eine technische Leistung zu bewältigen, z. B. bei einer Autofabrik, Autos zu produzieren, bei einem Verkehrsunternehmen die Beförderung von Gütern und Personen, bei einer öffentlichen Verwaltung die Bewältigung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe in einem bestimmten Gebiet usw. Aus dem letzten Glied voraufgehender Aufzählung geht hervor, daß die Unternehmensbetriebe nur eine Kategorie von Betrieben sind. Das allein zwingt schon zu der Folgerung, daß sich die Begriffe Unternehmen und Betrieb nicht decken können. Und doch geht der Sprachgebrauch des Reichsgerichts, welches das Unternehmen stets als einen „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" bezeichnet, nicht fehl. Auch das Unternehmen ist ein Betrieb, nicht jeder Betrieb aber ist ein Unternehmen. Es wurde eingangs gesagt, daß der Unternehmer, wenn er ein Unternehmen aufbauen wolle, sich zunächst einmal eine Sphäre schaffen müsse, innerhalb deren er schalten und walten könne, wie er wolle. Diese Sphäre ist eben im Großen und Ganzen der Betrieb, wie ein Vergleich der Jakobi'schen Definition mit den eben erwähnten Ausführungen ergibt. Es wurde dann weiter gesagt, daß diese Sphäre an sich noch nicht das Unternehmen ist, daß sich die geschaffene Organisation vielmehr erst im Laufe der Zeit in die Wirtschaft einfügen müsse. Das geschieht vor allem in der Art, daß der Unternehmer neben der Anknüpfung fester Beziehungen zu Lieferanten mit der Leistung seines Betriebes allmählich einen mehr oder weniger bestimmten Personenkreis befriedigt, d. h. eine Kundschaft gewinnt. Ob ihm das gelingt, hängt hauptsächlich von der Betriebsleistung ab. Ein Geschäft mit „flotter Bedienung" und guter Ware, ein Verkehrsunternehmen mit großer Sicherheit der Beförderung, eine Fabrik mit hochwertigen Produkten wird sich eine Kundschaft sichern können, nicht aber solche Unter-

nehmen der angedeuteten Art, deren Betriebsleistungen das Publikum nicht befriedigen. Eckhardt hat somit recht, wenn er sagt, daß der Betrieb die „Chancen" erzeugt und daß diese „kein Teil des dem Betriebe gewidmeten Vermögens, sondern eine Eigenschaft des organisierten Betriebes selbst" (S. 5) seien. Ist es einem Betrieb gelungen, diese Eigenschaften zu erwerben, so hat er jene Vermittlerrolle übernommen zwischen den in seiner wirtschaftlichen Umwelt bestehenden Bedürfnissen und den Gelegenheiten ihrer Befriedigung, in der oben das Wesen des Unternehmens gesehen wurde. Der Betrieb ist damit zum Unternehmen geworden.

Von einem Unternehmen kann man aber nur bei wirtschaftlicher Selbständigkeit sprechen, nur dann, wenn der Unternehmer tatsächlich einen freien unternehmerischen Willen bildet und unter eigener Verantwortung betätigt. Somit ist das Unternehmen zu definieren als ein Betrieb, der durch Bedürfnisbefriedigung mit der Wirtschaft verknüpft, und dessen Inhaber wirtschaftlich selbständig ist. Diese Definition soll, um es noch einmal hervorzuheben, lediglich das ökonomische Gebilde bezeichnen, von dessen rechtlichem Schutz hier gehandelt werden soll. Seine rechtliche Natur zu bestimmen, bleibt vorbehalten.

Offensichtlich weist diese Definition des Unternehmens auf die des Betriebes zurück. Es kann aber im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob, wenn mehrere Betriebe vorhanden sind, sie ein Unternehmen oder mehrere bilden. Diese Frage entscheidet sich schon aus dem oben über den Gesamtbetrieb Gesagten. Sind die Betriebe organisatorisch zusammengeordnet, so hat man es mit einem Unternehmen zu tun, wenn nicht, mit mehreren. Organisatorisch zusammengeordnet aber sind die Betriebe, wenn allen gegenüber nur eine jener typischen unternehmerischen Positionen besteht. Sie sind es nicht, wenn sie sich auf mehrere solcher Positionen verteilen, wobei die verschiedenen Positionen von derselben Person gehalten werden können. Denn eine Person kann mehrfacher Unternehmer sein. Entscheidend ist mithin nicht die Gemeinsamkeit des Inhabers, sondern der Position selbst.

Einheit der Position ist aber nicht gleichbedeutend mit Einheit des Rechtssubjekts. Es gibt vielmehr wirtschaftliche Einheiten, die mehrere Rechtssubjekte umschließen, unter denen jedoch nur einem die unternehmerische Position zukommt (so bei einem Konzernunternehmen). Die anderen Rechtssubjekte haben nur scheinbar eigenen unternehmerischen Willen, während sie in Wirklichkeit nur die Hebel sind, deren sich ein fremder Wille bedient. Die wirtschaftliche Ueberordnung der verschiedenen Subjekte kommt hier in der Rechtsform des Unternehmens nicht zum Ausdruck. Trotz vertikaler Wirtschaftsorganisation ist die rechtliche Organisation horizontal.

Hier wird so recht die sekundäre Rolle deutlich, welche die rechtliche Organisation beim Aufbau eines Unternehmens

spielt. Den vier Aktiengesellschaften A, B, C, D kann man es, solange man sich nur an die Rechtsgebilde hält, nicht ansehen, daß sich hinter ihnen nur *ein* Unternehmen, der Konzern (A–B–C) verbirgt. Wo das Recht nur eine Summe zeigt, zeigt die Wirtschaft eine Einheit! Das ausgezeichnet funktionierende Konzernunternehmen ist rechtlich eine ganz amorphe Masse! Man mag nachforschen, wo und wie man will, man wird unter den vier Gesellschaften kein rechtliches Band finden, das sie zu einer rechtlichen Einheit erhöbe, als deren Gehalt etwa der Konzernunternehmer erschiene. Nimmt man einmal an, daß sich die Aktienmehrheiten bei den Gesellschaften A, B, C, D im Besitze ein und derselben Person befinden, so ist es lediglich die Tatsache, daß der Gehalt der Mitgliedschaftsrechte bei allen Gesellschaften ökonomisch in derselben Richtung ausgeschöpft wird, welche Ausschöpfung die Betätigung eines einheitlichen unternehmerischen Willens bedeutet, welche den ganzen Komplex zu einer Einheit zusammenschweißt. Unter Belassung der rechtlichen Selbständigkeit dringt ein einziger Wille in alle vier Gebilde ein, streift ihnen ihre eigene wirtschaftliche Individualität ab und vereinigt sie zu einem einzigen ökonomischen Komplex.

Oft geht der Vorgang auch umgekehrt: Eine Aktiengesellschaft gliedert sich in mehrere Tochtergesellschaften aus. Hier ist die rechtliche Ausgliederung lediglich eine Frage der ökonomischen Zweckmäßigkeit. Die rechtliche Organisation ist zur Betriebsorganisation herabgesunken. So ist etwa die Abteilung Einkauf einer Aktiengesellschaft als G. m. b. H. organisiert, deren sämtliche Anteile natürlich von der Aktiengesellschaft irgendwie gehalten werden, nur etwa um nach außenhin als „Händler" auftreten zu können, um die Händlergewinne abzuschneiden. An der „Abteilung Einkauf" hat sich dabei ökonomisch und betriebstechnisch nicht das Mindeste geändert, nur daß ihr Direktor jetzt juristisch Geschäftsführer einer G. m. b. H. ist. Dieser Vorgang ist nicht konstruiert, sondern eine alltägliche Erscheinung. Rosenstock spricht deshalb von einer Industrialisierung des Handelsrechts, womit er die beschriebene Verschiebung im Gehalt des Rechts meint: Die *Unternehmens*- oder noch korrekter Unternehmerformen werden Mittel der industriellen, rein technischen *Betriebs*organisation.

Es ist natürlich nicht notwendig, daß im obigen Beispiel alle vier Gesellschaften zu einem Unternehmen zusammengeschweißt werden. Sie können auch alle oder einzelne von ihnen wirtschaftlich selbständig bleiben. Ob es geschieht oder nicht, ist eine Frage der Ausnutzung der Mitgliedschaftsrechte, also eine Tatfrage, keine Rechtsfrage.

Es sollte hiermit noch einmal an einem Beispiel gezeigt werden, daß die Entscheidung, wann es sich um ein Unternehmen, bezw. wann es sich um *ein* Unternehmen oder um mehrere und wann es sich überhaupt nicht um ein Unternehmen handelt, außerhalb des Rechts fällt, daß die Frage der

rechtlichen Unternehmensorganisation im Grunde eine ökonomische Frage ist.

Die folgenden Ausführungen beanspruchen Gültigkeit nur für das wirtschaftliche Unternehmen im objektiven Sinn. Darunter ist, wie eingangs schon gesagt, das mit der Absicht, einen Gewinn zu erzielen, geführte Unternehmen zu verstehen.

„Wirtschaftlichkeit" ist ein wirtschaftlicher Begriff und kein juristischer, der nicht immer einheitlich gebraucht wird. Im Großen und Ganzen dürfte es aber zutreffend sein, ihn mit dem der Rentabilität gleichzusetzen.

Ferner soll im folgenden nur das *private* Unternehmen betrachtet werden. Der Begriff des privaten Unternehmens ist hier formal zu nehmen, so daß unter einem privaten Unternehmen ein solches verstanden wird, dessen Unternehmer eine Person oder ein Subjekt des Privatrechts ist. Andere juristisch brauchbare Kriterien zur Unterscheidung der privaten von den öffentlichen Unternehmen sind nicht erfindlich.

Was die Terminologie anbetrifft, so kann Eckhardt nicht beigepflichtet werden, der vor dem Gebrauch des Wortes Unternehmen überhaupt warnt. Zunächst ist es unrichtig, daß das Wort Gewerbebetrieb in allen wesentlichen Punkten dasselbe bedeute. Das läßt sich vielleicht von dem Ausdruck „eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb" behaupten, dessen sich das R.G. zu bedienen pflegt. Es kann nichts schaden, wenn diese schleppende Bezeichnung durch eine kürzere und prägnantere ersetzt wird. — Es ist unbestreitbar, daß die *Gesetze*, wie Eckhardt zeigt, das Wort Unternehmen in den verschiedensten Bedeutungen gebrauchen, indem sie einfach einen nachlässigen Sprachgebrauch mitmachen. Eckhardt erweist aber der Jurisprudenz keinen guten Dienst mit der Empfehlung, diesen gesetzesterminologischen Schlendrian hinzunehmen. Selbstverständlich müssen die nun einmal bestehenden Gesetze richtig ausgelegt werden, wobei man heute leider zu der betrüblichen Feststellung kommt, daß der Begriff des Unternehmens nicht einheitlich verwendet wird. Umsomehr aber ist es zu wünschen, daß von der Seite der Wissenschaft her Klarheit in die Gesetzessprache gebracht wird. Das kann aber nur so wie hier geschehen, daß der wirtschaftliche Tatbestand des Unternehmens zunächst einmal erforscht und in einer Definition festgelegt wird.

II. Interessen, welche die Schutzwürdigkeit des Unternehmens begründen.

Nach diesen Ausführungen ist es ein leichtes, die Schutzwürdigkeit des Unternehmens darzutun. Man könnte sich damit begnügen, darauf hinzuweisen, daß das Unternehmen eine Zelle der Wirtschaft ist, diese daher nur gesund und lebensfähig sein kann, wenn es das Unternehmen ist, daß es daher im Interesse des größeren Organismus liegt, es vor Störungen zu bewahren und ihm die Existenz zu erleichtern. Aber warum soll man sich mit einem Vergleich begnügen, wo man höchst reale und konkrete allgemeine Interessen am Unternehmen nachweisen kann?

Das Hauptinteresse der Allgemeinheit gilt seiner Leistung. Der Zweck des Unternehmens ist ja die Bedürfnisbefriedigung. Schon sein Zweck liegt also im Allgemeininteresse. Um der Erreichung dieses Zweckes willen ist es schon des Schutzes wert.

Es ist aber weiter von der allergrößten sozialen und kulturellen Bedeutung. Von sozialer Bedeutung ist es, weil es Arbeitsstätte ist (vgl. Müller-Erzbach, Erhaltung etc.). Neben den staatlichen und kommunalen Betrieben sind es die Unternehmen, die vor allem die Menschheit ernähren. Es erübrigt sich, darauf weiter einzugehen.

Von kultureller Bedeutung ist das Unternehmen, weil es einen wertvollen Typus Mensch ermöglicht, den Unternehmer. Das Wesentliche der unternehmerischen Geistesart ist das Handeln auf eigene Verantwortung. In einer Zeit, in der es zur Seuche geworden ist, sich um die eigene Verantwortung zu drücken, und sie nach Möglichkeit auf andere abzuwälzen, ist eine Stätte, wo es anders ist, wo ein Zwang zum selbstverantwortlichen Handeln besteht, in ganz besonderem Maße des Schutzes wert. Welch bedeutsame Rolle der unternehmerische Wille im und für das Unternehmen spielt, dürfte ja aus den einleitenden Darlegungen genugsam hervorgegangen sein. Allerdings wird die Behauptung, der Unternehmer sei ein wertvoller Typus Mensch, nicht überall ohne Widerspruch bleiben. Aber das kann wohl niemand leugnen, daß mit dem Ausstreben dieses Typus dem Volk unschätzbare Werte in Form von Verantwortungsgefühl, Wagemut, Energie und produktivem gestaltungskräftigem Geist verloren gehen würden! Ob der Typus Unternehmer immer sympathisch ist, steht auf einem anderen Blatt, spielt aber keine Rolle für die Beurteilung seines Wertes.

III. Die rechtliche Natur des Unternehmens und des Unternehmensschutzrechts.

Nachdem in den ersten beiden Abschnitten des allgemeinen Teils dieser Ausführungen zunächst einmal das Unternehmen als wirtschaftliches Gebilde dargestellt, sein Wesen und seine Bedeutung erforscht worden sind, kann nun daran gegangen werden, seine rechtliche Natur aufzudecken; dabei soll von den in der Literatur vertretenen Auffassungen ausgegangen werden.

Juristisch gänzlich unbrauchbar, sind die Definitionen von v. Ohmeyer, Ehrenzweig, Geller und Pisko, welche lediglich eine Beschreibung des ökonomischen Tatbestandes geben (näheres bei Erich Schmidt S. 60, 61). Sie sind also gerade da stehen geblieben, wo jetzt begonnen werden soll. Pisko hat diesen Mangel empfunden. In dem Bestreben, auch etwas juristisches über das Unternehmen auszusagen, schlägt er vor, das System der Rechtsobjekte um eine neue Kategorie zu erweitern, weil es ihm — begreiflicherweise, wie sich zeigen wird — nicht gelang, das Unternehmen juristisch unterzubringen. Solange aber das Gesetz diese Erweiterung nicht vollzogen hat — denn nur durch eine gesetzgeberische Schöpfung ließe sie sich ausführen — existiert sie nicht. Ob eine solche Schöpfung aber gelingen würde, muß bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des Unternehmens sehr zweifelhaft sein. Es könnte sich wahrscheinlich nur darum handeln, ein Objekt für einzelne Rechte zu schaffen, wie es im Ausland verschiedentlich zum Zwecke der Verpfändung des Unternehmens durch Einrichtung von Registern geschehen ist (Erich Schmidt, § 4). Daß es sich systematisch nicht um Erfindung einer neuen Kategorie neben Sachen und Rechten, sondern um Anerkennung eines neuen Rechtsgutes handeln würde, betont Walther Schönfeld (S. 269).

Auf die heute überwundene Lehre, die das Unternehmen als Rechtssubjekt betrachtet, braucht nicht näher eingegangen zu werden. (Näheres Erich Schmidt S. 63, 64). Wieder eine andere auf Rudolf Isay zurückgehende Auffassung sieht in dem Unternehmen ein Immaterialgut. Sie erkennt richtig, daß das Wesentliche am Unternehmen, die Organisation, der geistige Gehalt, ist, wodurch die Masse der in ihm vereinigten Gegenstände erst zum Unternehmen wird. Diese in dem Unternehmen verwirklichte Idee, der Schöpfergedanke des Unternehmers, soll in die Kette der Immaterialgüter eingereiht werden. Ganz abgesehen davon, daß dabei von dem eingangs beschriebenen Komplex abstrahiert wird, der doch gerade juristisch subsumiert werden soll, ist es unmöglich, die

Organisationsidee in dieser Weise zu verobjektivieren, weil sie nämlich in der Form, wie sie von Isay und anderen vorausgesetzt wird, gar nicht existiert. Während das Immaterialgut Ewigkeitscharakter hat – die griechischen Dramen spielt man heute noch – bringt die unternehmerische Organisationsidee den Todeskeim mit auf die Welt: Kaum verwirklicht, ist sie schon überlebt, weil die veränderte wirtschaftliche Umwelt bereits wieder eine Abwandlung fordert. Das Immaterialgut, einmal in die Welt getreten, verharrt in ruhigem Sein, weshalb man es getrost ein Gut nennen darf. Die unternehmerische Organisation aber erfordert eine dauernde Anpassung an die wirtschaftlichen Zeiterfordernisse, sie steht im Zeichen eines fortgesetzten Stirb und Werde! Darum hat es gar keinen Sinn, ihre Idee verobjektivieren zu wollen, weil sie gar keine einzelne Idee, sondern eine Kette von Ideen ist. Welche von ihnen soll die maßgebliche sein? Man kann zwar nicht sagen, daß die einzelne Idee, die in dem Unternehmen in einem bestimmten Augenblick ihren Niederschlag findet, mit diesem dahin sei, wie Walther Schönfeld in richtiger Erkenntnis der Erscheinung es ausdrückt (S. 263). Die einzelne Idee ist ewig. Aber es hat keinen Zweck, sie sich patentieren zu lassen, weil sie bald nach ihrer Entstehung schon veraltet ist und eine neue an ihre Stelle tritt. Das gibt dem Werk, dem Unternehmen, das von seiner Idee unterschieden werden muß, den Charakter des „ewig Unfertigen" (Schönfeld, S. 263).

Eine in der Literatur vertretene Auffassung betrachtet das Unternehmen als Sondervermögen. Soll das Unternehmen unter den Vermögensbegriff subsumiert werden, so ist zunächst dieser zu definieren. Trotz seiner großen Bedeutung ist er in der Literatur sehr vernachlässigt worden. Tiefgehendere Untersuchungen haben ihm nach 1900 Kohler, Binder und neuerdings Schönfeld gewidmet. Von der älteren Literatur ist besonders Birkmeyer hervorzuheben. Binder definiert das Vermögen als die Summe der einer Person zustehenden Rechte (S. 20).

Birkmeyer gibt überhaupt keine einheitliche Definition. Bedeutungsvoll für die vorliegende Studie ist aber an seiner Auffassung gegenüber der von Binder, daß er das Vermögen als eine Einheit von Rechten und nicht nur als eine Summe von solchen faßt (S. 35).

Kohler ist der Meinung, daß durch die Zusammenfassung von verschiedenen Einzelgegenständen zu einem Vermögen sich zwar „kein einheitlicher Gegenstand im Recht bilde, wohl aber die Zusammenfassung der verschiedenen Gegenstände zur Vermögenseinheit nicht bloß tatsächlich sei. Sie sei nicht rechtlich bedeutungslos, habe vielmehr bedeutsame Folgen, und bewirke eine gegenseitige Beziehung der in der Einheit enthaltenen Vermögensgegenstände." Eine Definition des Vermögensbegriffs fehlt auch bei ihm.

Ebenso bei Walther Schönfeld. Auch ihm ist jedoch das Vermögen nicht die Summe, sondern die Einheit einer

Person zustehenden geldwerten Rechte oder Güter. Er geht aber noch einen entscheidenden Schritt weiter, indem er behauptet, dieser Einheit sei ein organischer Charakter wesentlich. Das Vermögen sei nicht nur eine juristische Einheit, sondern es sei eine solche, weil es ein Organismus sei. Daß man das Unternehmen als ein Rechtsobjekt neben dem Vermögen zu entdecken vermocht habe, sei nur ein Zeichen dafür, daß unserem atomistisch-mechanistischen Denken der organische Begriff des Vermögens abhanden gekommen sei (S. 268, 269). — Es ist nach dem ersten Abschnitt des allgemeinen Teils dieser Arbeit ohne weiteres einleuchtend, daß der Vermögensbegriff auf das Unternehmen nur dann anwendbar ist, wenn er eine Einheit und nicht nur eine Summe bezeichnet.

Nach der Abhandlung Kohlers kann es nicht mehr in Zweifel gezogen werden, daß die Sondervermögen positiven Rechts Einheiten im Rechtssinne sind. Aber auch das Vermögen einer Person, das nicht Sondervermögen ist, ist nach Kohler, wie gesagt, eine Einheit, und zwar deshalb, weil es durch die Einheit des Vermögenssubjekts zusammengehalten und von fremden Gütern oder Rechten unterschieden werde. Dem kann man zustimmen, obgleich damit keine erschütternde Erkenntnis gewonnen ist. Kohler selbst räumt denn auch ein, daß die Einheit des Vermögens, solange es sich nicht um ein Sondervermögen handelt, „nicht weiter in Betracht komme" (S. 2).

Birkmeyer sieht die Einheit des Vermögens darin, daß alle Vermögensbestandteile der gleichen juristischen Bestimmung dienen: Dem Destinatär der verschiedenen Rechte die Mittel zur Befriedigung seiner ökonomischen Bedürfnisse in rechtlich gesicherter Weise zur Verfügung zu stellen. Diese gemeinsame Bestimmung stelle jene innere Verbindung zwischen den verschiedenen Vermögensrechten her, wodurch sie eben zur Einheit im Gegensatz zum bloßen Haufen, zur Summe würden (S. 35). Hier klingt die Idee einer funktionellen Einheit des Vermögens an. Birkmeyer hat aber nirgends bewiesen, daß jene Bestimmung, also die Funktion als solche, die Rechte zusammenhalte. Das aber wäre nötig, wenn man von einer funktionellen Einheit des Vermögens sollte sprechen können. So bleibt auch bei ihm nichts anderes übrig, als bei Kohler: Das Vermögen ist Einheit, weil es Vermögen eines Subjekts ist. Daß jedes Rechtsinstitut eine Funktion erfüllt, ist eine Selbstverständlichkeit. Daß die Schulden mit Rücksicht auf die Gesamtheit des Vermögens kontrahiert werden, was Birkmeyer weiter ins Feld führt, ist richtig, bestätigt aber höchstens, daß das Vermögen Einheit, jedenfalls nicht, daß es funktionelle Einheit in dem von ihm behaupteten Sinne ist. Seine weiteren Ausführungen befassen sich nur mit den Sondervermögen. Auch Birkmeyer räumt ein, daß die Einheit des Vermögens, „solange wir unser Vermögen haben, nicht so sehr hervortritt, wie die Vielheit".

Daß aber das Vermögen, wie Schönfeld behauptet, auch dem Gehalt nach eine Einheit bilde, ist schlechterdings nicht einzusehen. Es kann natürlich so sein, es muß aber nicht. Das Rittergut in Ostpreußen, das Brauhaus in Bayern, der Kaufladen in Köln werden nicht dadurch unter sich zur Einheit, daß sie einem Subjekt gehören, dem Herrn Rentier X in Bonn, der sie vielleicht sogar an drei verschiedene Personen verpachtet hat. X kann sie natürlich zu einer Einheit verschmelzen, indem er auf dem Gut die Gerste und den Hopfen für das Brauhaus zieht und die Eier und den Käse für den Kaufladen in Köln gewinnt und so alle drei Betriebe einheitlich bewirtschaftet, in den Dienst eines Unternehmens stellt. Aber daß sie das Vermögen des X auch ohne diese Verbindung, also als bloße Summe, ausmachen würden, dürfte unzweifelhaft sein. Nicht der organische Begriff des Vermögens ist uns verloren gegangen, sondern die Vermögen sind durch die geschichtliche Entwicklung ihres organischen Charakters entkleidet worden, wie Karl Renner in seiner genialen Abhandlung „Die Rechtsinstitute etc." richtig ausführt, und der juristische Begriff ist geblieben — womit nicht alles, insbesondere nicht die Tendenz jener Schrift, unterschrieben sein soll. Richtig aber ist, daß das Vermögen „eine rein juristische Individuation, der ökonomisch kein einheitliches Substrat zugrunde liegen muß, ist, eine Individuation, die sich im Erbgang mathematisch durch 2, 3, 5, usw. restlos dividieren läßt, kein dingliches Ganze, eine bloße algebraische Summe" (S. 172). Auch hier hat sich eine „Substitution des Grundes" vollzogen, wie sie Walter Rathenau für das Aktienrecht festgestellt hat. Daß das Vermögen keine organische Einheit ist, sondern lediglich durch die Einheit des Subjekts als Einheit erscheint, zeigt sich klar im Falle der Vermögensnachfolge. Wäre das Vermögen von sich aus eine organische Einheit, so könnte sie nicht schon dadurch vernichtet werden, daß sie einem anderen Vermögenssubjekt zufällt. In der Hand des Erwerbers müßten sich zwei Einheiten befinden, ohne daß es gesetzlicher Vorschriften zur Sonderung des übernommenen Gutes von dem ursprünglichen Vermögen des Erwerbers bedurfte. Gerade die Tatsache, daß es solcher sondernden Vorschriften bedarf, um das übernommene Vermögen von dem ursprünglichen getrennt zu halten, die Tatsache also, daß ohne diese Bestimmung die beiden Massen juristisch ineinander zerfließen würden, beweist, daß das einigende Band beim Vermögen, solange es sich nicht um Sondervermögen handelt, lediglich die Einheit des Vermögenssubjekts ist. Dieser Zufall der Gemeinsamkeit des Subjekts macht die verschiedenen Rechte zu einer Einheit.

Ganz anders beim Sondervermögen! Es ist eine Einheit von Rechts wegen und nicht bloß zufällig. Die Sondervermögen sind von Rechts wegen bewußt und gewollt geschaffene rechtliche Einheiten. Aus Rechtsgründen wird durch ein rechtliches Band zusammengeschweißt, was mit dem Wegfall des Subjekts oder seiner Verfügungsmacht auseinander-

fließen würde. So ist z. B. der Nachlaß Sondervermögen des Erben, im Gegensatz zu seinem sonstigen Vermögen, weil Gründe der Gerechtigkeit die Erhaltung der alten Einheit verlangen, und das Recht deshalb, da ohne rechtlichen Eingriff der Nachlaß in dem Vermögen des Erben rechtlich zerfließen würde, die vorher durch die bloße Existenz eines einheitlichen Subjekts bestehende Einheit nunmehr durch Rechtsnormen erhält. Das Recht *schafft* somit das Sondervermögen „Nachlaß". So ist die Konkursmasse Sondervermögen des Gemeinschuldners, weil Gründe der Gerechtigkeit — gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger — eine Zusammenfassung des dem Schuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehörenden Vermögens verlangen und das Recht zum Zwecke der gleichmäßigen Verteilung in einem geordneten Verfahren daraus eine einem besonderen Recht, dem Konkursrecht, unterstehende Einheit „Konkursmasse" *schafft*. Und so in allen anderen Fällen von Sondervermögen: Das Recht erhält oder schafft aus Rechtsgründen rechtliche Einheiten. Die Sondervermögen sind nicht gegebene rechtliche Einheiten, wie die Vermögen schlechthin, sondern willkürlich vom Recht geschaffene rechtliche Einheiten.

Aber auch die Sondervermögen sind *keine organische* Einheiten, und sie am allerwenigsten! Wären sie das, so wäre, wie gesagt, der rechtliche Eingriff *zum Zwecke* der Schaffung bezw. Erhaltung einer Einheit überflüssig. Ja, dem Sondervermögen, braucht nicht nur „ökonomisch kein einheitliches Substrat zugrunde zu liegen", sondern der Begriff des Sondervermögens erfordert nicht einmal eine tatsächliche Sonderung des Sondervermögens von dem übrigen Vermögen. Der Nachlaß bleibt Nachlaß, mag ihn der Vorerbe in seinem sonstigen Vermögen ökonomisch auflösen, zu einer ökonomischen Einheit verschmelzen, oder nicht. Die Villa des Erblassers bleibt Nachlaßgegenstand, auch wenn sie der Vorerbe nunmehr als Lagerhaus in seinen gewerblichen Betrieb eingliedert. Die Gütermassen mögen durcheinanderwirbeln wie sie wollen: Vor dem Forum des Rechts sind sie geschieden in Erbenvermögen und Nachlaß. Was Sondervermögen ist und was nicht, ist lediglich aus Recht und Gesetz zu beantworten. Die Tatsachen können daran gar nichts ändern. Genauer: Ein Wechsel in der ökonomischen Bestimmung der dem Sondervermögen unterliegenden Güter ändert nichts an deren Zugehörigkeit zu ihm. Es gehört mithin nicht zum Begriff des Sondervermögens, daß die Güter, die es ausmachen, eine ökonomische Einheit bilden. Ihre ökonomische Bestimmung ist vielmehr für die Frage, ob sie zum Sondervermögen gehören oder nicht, völlig gleichgültig. Auf der Gehaltsseite wird also auch beim Sondervermögen lediglich vorausgesetzt, daß überhaupt ein Gehalt vorhanden ist. Ob und wie er wirtschaftlich gestaltet ist, ob er ein einheitliches ökonomisches Substrat des Sondervermögens ausmacht, spielt auch hier keine Rolle.

Daraus ergibt sich, daß das Unternehmen nicht deshalb Sondervermögen ist, weil es eine ökonomische Einheit von Vermögensgütern darstellt.

Es ergibt sich daraus aber weiter, daß es überhaupt nicht unter den Begriff des Sondervermögens fällt. Denn für die Frage, ob ein Vermögensstück Unternehmensbestandteil ist oder nicht, ist nicht das Recht, sondern einzig und allein die ökonomische Bestimmung, die Widmung für den Gewerbebetrieb seitens des Unternehmers, entscheidend. Mit dem Augenblick, in dem er ein Vermögensstück der Einheit entzieht, hört es auf, ihr anzugehören, auch rechtlich, sodaß also mit diesem Augenblick z. B. die Zwangsvollstreckung, falls sie vorher im Hinblick auf § 811 Nr. 4 oder Nr. 5 ZPO. unzulässig war, zulässig würde. Das Recht folgt dem Willen des wirtschaftenden Individuums und nicht einem eigenen Willen. Es lehnt sich, da, wo es auf die Einheit des Unternehmens Rücksicht nimmt, an die Tatsachen an, konzediert bloß an eine außerrechtliche, ökonomische Form. Der besondere Teil dieser Arbeit wird genügend Beweise für diese Behauptung liefern, sofern sie überhaupt noch eines Beweises bedarf.

Aber das Unternehmen kann auch aus dem Grunde nicht unter den Vermögensbegriff gebracht werden, weil nicht alle seine Bestandteile Güter sind. Lassen sich auch Firma und Warenzeichen mühelos als Vermögensgegenstände auffassen, da die Rechte an ihnen eine geldwerte Nutzung gewähren (vgl. in ähnlichem Zusammenhang Schönfeld S. 249), womit die Mühen, die sich Binder mit der Firma macht, überflüssig erscheinen, so lassen sich die Chancen, insbesondere die Geschäftsverbindungen, nicht unter den Begriff des Gutes unterbringen, worauf schon Erich Schmidt hingewiesen hat. Man kann sie auch nicht damit abtun, daß man, wie Walther Schönfeld erklärt, sie seien „als Gliederung" der Rechte oder Rechtsgüter in ihnen (S. 267). Die Chancen sind keine Gliederung, sondern eine Eigenschaft, die von außen an dem Unternehmen haftet, wie oben auseinandergelegt wurde, abgesehen von der Organisation selbst, die auch zu den Chancen gehört und allerdings Gliederung ist.

Schon das eingangs gebrachte Beispiel jenes Seeräuberunternehmens zeigt klar, daß Welten zwischen dem Unternehmens- und dem Vermögensbegriff liegen. Dasselbe zeigt das Beispiel jenes aus vier Aktiengesellschaften bestehenden Konzernunternehmens. Der Vermögensbegriff versagt hier vollständig. Denn es ist ja für den gesamten Konzernkomplex gar kein einheitliches Vermögenssubjekt da! Er gehört vier verschiedenen Personen: den Aktiengesellschaften A, B, C und D. Daß von einem Vermögen nur im Hinblick auf eine Person oder wenigstens ein Subjekt gesprochen werden kann, ist unbestritten. Es läßt sich aber auch nicht behaupten, daß in jenem Beispiel die vier Aktiengesellschaften etwa eine Gesellschaft bilden, die als Vermögenssubjekt hinsichtlich des Konzerns anzusprechen sei. Zwischen den einzelnen

Gesellschaften besteht keinerlei Vertragsverhältnis — obwohl das natürlich auch denkbar ist; aber es ist nicht notwendig und auch keineswegs das normale — sondern sie stehen rechtlich völlig isoliert in der Welt. Den Unternehmenscharakter eines solchen Konzerns wird aber wohl niemand ernsthaft leugnen wollen. Das hieße der Wirklichkeit Hohn sprechen.

Ist das Unternehmen weder Sache noch Recht, noch Immaterialgut, noch Vermögen, so fragt es sich, was es denn überhaupt sei. Walther Schönfeld führt auf Seite 263 richtig aus, daß das Unternehmen, soll es ein selbständiges Rechtsgut sein, sich sowohl von der Person wie von dem Vermögen des Unternehmers klar abheben muß. Alle unternehmensrechtliche Literatur ist ein mißlungener Versuch, an der Tatsache vorbeizukommen, daß das Unternehmen das *nicht* tut. Das klar erkannt zu haben, ist das große Verdienst Schönfelds auf diesem Gebiet. Nur ist die hergebrachte Subsumption unter den Vermögensbegriff unhaltbar. Der einzige Weg wäre, es als Immaterialgut aufzufassen, der aber, wie gezeigt, nicht gangbar ist. Die Einheit des Unternehmens ist vielmehr rein ökonomischer Natur, es ist eine wirtschaftliche Einheit, keine rechtliche. Es ist durchaus richtig wenn das R.G. sagt, „es umfasse körperliche Sachen, Forderungen, sonstige festumgrenzte in sich geschlossene subjektive Rechte, aber auch rein tatsächliche Beziehungen, wie Bezugsquellen, Geschäftsgeheimnisse, Kundschaft und dergleichen, die sich an den Namen des Inhabers oder die besondere Benennung des Unternehmens knüpfen." (Schönfeld S. 267.) Falsch ist nur, worin Schönfeld zuzustimmen ist, alle diese Dinge unter den Begriff der Vermögensgegenstände zu fassen. Im Vermögen gibt es entweder nur Rechte oder nur Güter. Etwas rein tatsächliches hat darin allerdings keinen Platz. Aber richtig bleibt, daß das Unternehmen aus Gegenständen der bezeichneten Art besteht, wie der erste Teil dieser Studie zeigt. In der Welt der Tatsachen, in der das Unternehmen lebt, gibt es Verbindungen von Gegenständen der verschiedensten Art. Das Maschinenhaus, die Firma, die Kundschaft und das Patentrecht, das durch Lizenz dem Unternehmen nutzbar gemacht wird, sind ganz heterogene Dinge und doch sind sie alle in der Einheit des Unternehmens begriffen. Auf ein solches Gebilde paßt keiner unserer Rechtsbegriffe. Insofern hat Pisko recht: Man müßte eine neue juristische Kategorie schaffen, wollte man das Unternehmen juristisch unterbringen. Aber das Rechtssystem ist keiner beliebigen Erweiterung fähig, wie Schönfeld richtig ausführt. Das Unternehmen ist ein Gut eigener Art, dem in der Formenwelt des Rechts *nichts* entspricht. Auf diese Tatsache kann nicht entschieden genug hingewiesen werden, damit sich die unternehmensrechtliche Literatur endlich aus den Wolken wilder Konstruktionen auf dem Boden ernsthafter Forschung begibt. Jene Tatsache bestätigt nur, daß es „rechtsfreie Räume" gibt, die nicht nur minima et intima enthalten (Schönfeld S. 201), wie man gerade am Unternehmen sehen kann.

Allerdings: Ganz rechtsfrei ist dieser Raum Unternehmen auch nicht. Aus der Welt des Oekonomischen tragen die Wirkungen der dort existierenden Einheit in die Sphäre des Rechts herüber. Wie oben gesagt wurde: Das Recht nimmt bei dieser und jener Gelegenheit auf die außerhalb seines Gebiets bestehende Einheit Rücksicht. In der Terminologie der gemeinrechtlichen Wissenschaft hatte man eine besondere Bezeichnung für solche Erscheinungen, die nur tatsächlich eine Einheit bilden, nicht aber rechtlich, auf die jedoch das Recht mehr oder weniger Bedacht nimmt: Den Terminus universitas facti im Gegensatz zu universitas iuris. Diese Begriffe sind auch heute noch verwertbar. Insbesondere ist der Begriff der universitas facti für das Unternehmensrecht geradezu unentbehrlich, und es ist keineswegs ein Fortschritt gewesen, daß die Auffassung aufgegeben wurde, das Unternehmen sei eine universitas facti, die nach Erich Schmidt S. 62 früher tatsächlich geteilt wurde, (wofür er übrigens leider keine Anhaltspunkte gegeben hat. Denn es ist dem Verfasser nicht gelungen, die Spuren dieser Auffassung in der Literatur zu entdecken. Wenn er aber trotzdem unabhängig von solchen Auffassungen zu derselben Meinung gekommen ist, so spricht das sehr für ihre Richtigkeit). Allerdings ist Voraussetzung dieser Auffassung, daß die universitas facti nicht als bloßer Sachinbegriff aufgefaßt wird. Das tat aber auch die gemeinrechtliche Lehre nicht, wie Birkmeyer zeigt. Er sagt auf Seite 111 ganz unzweideutig: „Daß die vulgäre Vorstellung . . . in die auf körperlicher Grundlage geschaffene Einheit auch einzelne unkörperliche Bestandteile mit einschließt, ist nicht ausgeschlossen". Ueberhaupt passen seine Ausführungen betreffend die universitas facti auf das Unternehmen, als ob sie heute geschrieben seien.

Universitates iuris sind, wie Birkmeyer ausführt, absolute rechtliche Einheiten, wie der Nachlaß, die dos, das peculium, während die universitates facti nur relative rechtliche Einheiten sind, wie z. B. die grex. Sie sind relativ, weil sie das Recht eben nur in gewisser Beziehung als Einheiten behandelt. Es konzediert an etwas faktisch Bestehendes, es schafft aber nicht diesen tatsächlichen Einheiten entsprechende juristische Einheiten. Universitates facti sind tatsächliche Einheiten, welche existieren, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht sie anerkennt oder nicht, universitates iuris sind rechtliche Einheiten, ohne Rücksicht darauf, ob ihnen ein tatsächliches einheitliches Substrat entspricht oder nicht. Es ist natürlich möglich, daß die Anerkennung des Rechts eine vollkommene ist. Dann wird die universitas facti zu einer universitas iuris. Die universitas facti ist eben rein relativ — sie geht bis zur Grenze der absoluten rechtlichen Anerkennung. Sie ist sub specie iuris, überhaupt keine Einheit, sondern eben nur „facti", sie äußert aber rechtliche Wirkungen. Die universitas iuris ist nur sub specie iuris eine Einheit. Ob sie es auch facti ist, spielt gar keine Rolle.

Die Wirkung der universitas facti auf das Recht geschieht nun in der Weise, daß sie die Bildung der Rechtsnormen nach

ihren Belangen beeinflußt. So ist der Name, auch der Handelsname, einer Person unübertragbar. Gehört er jedoch als Firma zu einem Unternehmen, einer universitas facti, so kann er mit dieser übertragen werden. Die ökonomische Zusammengehörigkeit von universitas und Firma setzt sich gegenüber dem Rechtsgrundsatz der Unübertragbarkeit des Namens durch. Landwirtschaftliches Geräte und Vieh sind normalerweise der Pfändung unterworfen. Als notwendige Bestandteile einer bäuerlichen Bewirtschaftungsuniversitas — landwirtschaftliches Unternehmen — sind sie jedoch unpfändbar. Hier setzt sich wiederum die universitas durch: Das funktionell notwendig Zusammengehörige darf durch Pfändung nicht auseinandergerissen werden.

Beim Zubehörbegriff zeigt sich dasselbe. Auch hier setzt sich ein rein faktisches Zusammengehörigkeitsverhältnis von Hauptsache zu Pertinenz durch. Auch hier ist die Zusammengehörigkeit nicht von Rechts wegen gewollt, sondern tatsächlich gegeben. Außerhalb der Sphäre des Rechts wird entschieden, was Zubehör ist und was nicht. Ob die Pertinenz dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache dienen soll oder nicht, entscheidet der freie Wille dessen, der sie diesem Zwecke widmet. Hauptsache und Zubehör bilden eben die einfachste universitas facti. Die Bedeutung des Zubehörbegriffs für das Unternehmensschutzrecht wird unten noch eingehend gewürdigt werden.

Das Wesen des Unternehmensschutzrechts kann nun nach dem Gesagten nichts anderes sein als das Eindringen des Gedankens der universitas facti in das Recht, die Umbildung, Erweiterung, und Neubildung der Rechtsnormen nach jenem Gedanken. Aeußerlich gesehen, ist das Unternehmungsschutzrecht völlig zusammenhang- und systemlos, ein Ausnahmerecht. Alle diese Ausnahmen und Besonderheiten sind jedoch nichts anderes als die Entfaltung des Gedankens, daß wirtschaftlich Zusammengehöriges nicht in unwirtschaftlicher Weise getrennt, nicht störend in eine solche Verbindung eingegriffen werden soll, daß das Recht sich in den Dienst dieses Gedankens stellen, gegebenenfalls sogar zugunsten desselben von seinen Grundsätzen abweichen muß. Und zwar zeigt sich der Durchbruch dieses Gedankens im privaten und öffentlichen Recht, weshalb diese Unterscheidung für das Unternehmensschutzrecht bedeutungslos ist.

Der Durchbruch oben erwähnten Gedankens erfolgt ganz plan- und regellos, da wo es gerade nötig erscheint. Die Normen des Unternehmensschutzrechts sind daher sehr verschieden voneinander. Da die Darstellung aber eine gewisse Gruppierung fordert, erfolgt sie nach dem Gedanken, daß Schutz einen Angriff voraussetzt. Dieser kann sowohl von außen kommen, wie vom Unternehmer, und er kann im Recht selbst liegen. Daher werden zunächst diejenigen Normen dargestellt, die einen Schutz des Unternehmens gegen Angriffe von außen, sodann diejenigen, die einen solchen gegen den Unternehmer selbst bilden, darauf diejenigen, die lediglich die Härten des Rechtssystems im Interesse der Einheit

des Unternehmens mildern. Schließlich folgt ein Abschnitt, der den Schutz dessen bringt, was unerläßlich ist, damit man das Unternehmen ein wirtschaftliches nennen kann, den Schutz der unternehmerischen Betätigung selbst.

Hin und wieder werden Rechtsgebiete zur Erörterung kommen, die nur zufällig Unternehmensschutz sind, wie etwa das Quellenrecht und das Zubehörrecht, die aber wegen der großen Bedeutung für den Unternehmensschutz und wegen des engen Zusammenhangs, der, wie sich zeigen wird, mit ihm besteht, nicht fehlen dürfen.

B. Besonderer Teil.

I. Schutz des Unternehmens gegen Angriffe von außen.

1. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb".

Die Darstellung des positiven Unternehmensschutzrechts sei mit einem Schutz begonnen, der seiner universitas als solcher unmittelbar gilt, und in dieser Allgemeinheit, von der Bahneinheit abgesehen, bisher einzig dasteht. Es handelt sich um das vom R.G. in langjähriger Rechtsprechung anerkannte und ausgebildete, von ihm sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dieses Recht hat das R.G. unter die sonstigen Rechte des § 823 I BGB. eingereiht. Die Ausführungen des R.G. zu diesem Punkte sind allerdings sehr unklar. In der Regel werden überhaupt keine Gründe für die vorgetragene Auffassung angeführt. Nach Durchsicht der zahlreichen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs, die sich mit der Frage befassen, bleiben eigentlich nur drei übrig, aus denen sich erkennen läßt, wie das R.G. zu seiner Auffassung kommt. Unter Ablehnung der Theorie, es bestehe ein Recht auf Ausübung eines Gewerbes, als auf eine freie Willensbetätigung führt das R.G. bereits im 58. Bande S. 29 u. 30 folgendes aus: „Dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 I BGB. fallende Rechtsverletzung angesehen werden." Hier wird also eine freie Willensbetätigung, die in einem Betrieb ihre gegenständliche Verkörperung gefunden hat, als Grundlage eines subjektiven Rechts im Sinne des § 823 I BGB. angesehen. In der Entscheidung Bd. 73 S. 111 wird dann das Recht am Unternehmen in Beziehung gebracht zum Besitzrecht. Es soll danach das Recht am Unternehmen aus denselben Gründen (nach § 823 I BGB.) geschützt werden, wie das Recht des Mieters. Dies soll nach R.G. Bd. 59 Nr. 89 (nach § 823 I BGB.) insoweit der Fall sein, als seine Befugnisse aus dem Mietverhältnis im Besitz ihren Niederschlag gefunden haben. Ueberträgt man diesen Gedanken, wie es R.G. Bd. 73 S. 111 will, auf das Unternehmerrecht, so gelangt man zu folgendem Resultat: Der

Unternehmer genießt (nach § 823 I BGB.) insoweit Schutz, als sein unternehmerischer Wille in der Unternehmensorganisation Ausdruck gefunden hat und deshalb von Dritten geachtet werden muß. Wenn diese Begründung auch nicht gerade als glücklich bezeichnet werden kann, wenn es auch von RG. späterhin abgelehnt worden ist, das Mietrecht als Recht im Sinne des § 823 I BGB. anzusehen, so ist doch die hier gezogene Parallele zur Besitzlehre sehr zu begrüßen. Das Verhältnis des Unternehmers zu seinem Unternehmen ist tatsächlich ähnlich dem des Besitzers zu seiner Sache, ist eine Art Besitzstand, wie oben S. 9 bereits angedeutet. Der Besitzstand ist ja die tatsächliche Gewalt über eine Sache, das tatsächliche Haben, von gewissen Ausnahmen und Vergeistigungen (Besitzdienerschaft, mittelbarer und Rechtsbesitz) abgesehen. Wie oben ausgeführt wurde baut sich jeder Unternehmer eine tatsächliche einheitliche Herrschaftsmacht über sein Unternehmen auf. Er steht auf Grund derselben diesem zur Einheit verschmolzenen Komplex von Sachen, Rechten und tatsächlichen Verhältnissen, den wir Unternehmen nennen, ebenso gegenüber, wie der Besitzer seiner Sache. (Vgl. auch Geller, Die Stellung des Unternehmens im bürgerlichen Recht. S. 462.) Es ist daher ganz berechtigt, in Analogie zum Sachbesitz auch hier von einem Besitzstand zu sprechen. Nach dem allgemeinen Teil dieser Ausführungen dürfte das unbestreitbar sein, will man nicht die Tatsachen einfach übersehen. Das Verhältnis des Unternehmers zu seiner universitas gleicht dem des Besitzers zu seiner Sache auf's Haar und ist dem Wesen nach nichts anderes: Tatsächliche Beherrschung einer Einheit. Allerdings keiner Einheit im Sinne eines körperlichen Gegenstandes! Das veranlaßt Schönfeld dazu, dem Verhältnis des Unternehmers zu seinem Unternehmen den besitzartigen Charakter abzusprechen. Der Besitz einer Sache, sagt er auf Seite 265, vollziehe sich im Haben, der des Unternehmens in der Arbeit. Hält man dem entgegen, daß jeder Besitzer sich irgendwie „vollziehe", so antwortet er, daß es aber beim Sachbesitz auch einen Zustand des bloßen Habens gäbe, der beim Unternehmensbesitz fehle, wie man z. B. ein Buch in den Schrank legen könne, auch ohne es zu lesen, und es doch besitze. Das Unternehmen aber erfordere die Arbeit. Demgegenüber kann nur immer wieder darauf hingewiesen werden, daß das Unternehmen eine funktionelle Einheit ist, die natürlich von ihrer Bestimmung, der Erfüllung einer Funktion, irgendwie abhängen muß. Aber wie oben gezeigt wurde, zerfällt sie noch lange nicht ohne weiteres, wenn die funktionelle Gliederung des Unternehmens einmal eine zeitlang nicht ausgenutzt wird. Und das Arbeiten mit der Einheit setzt doch gerade voraus, daß man sie irgendwie „hat", sei auch der Gegenstand einer selbständigen Existenz wie etwa eine Sache, ein Naturprodukt, auf die Dauer nicht fähig! Und daß die Einheit überhaupt bei Nichtbenutzung sich von selbst zersetzt, ist auch nur darauf zurückzuführen, daß sie eben auch Bestandteile der Person (Firma, Zeichen) und rein tatsächliche, einer absoluten Herrschaft, wie etwa

der über Sachen, nicht zugängliche Bestandteile enthält, wie die Geschäftsbeziehungen, die sich verflüchtigen, wenn die Funktion nicht erfüllt wird. Was bei langem Stilliegen noch übrig bleibt, ist eben nur eine zwar noch funktionell geordnete Vermögensmasse, im günstigsten Falle also ein Betrieb, nicht aber ein Unternehmen, da gerade die Anker, die sie an die Wirtschaft ketteten, jene tatsächlichen Verhältnisse nämlich, abgerissen und mit der Person auch deren Bestandteile der universitas entfremdet sind.

Noch lange nicht jeder Arbeitende ist ja auch ein Unternehmer. Man nennt ihn vielmehr erst dann und gerade deshalb so, wenn er seine Arbeit mit Hilfe einer eigens zu diesem Zwecke geschaffenen funktionellen Einheit, eines besonders gearteten Apparates sozusagen, mit Hilfe des Unternehmens eben, bewältigt. Das „Haben" ist hier natürlich nicht so primitiv und jedem sichtbar wie im Falle des Sachbesitzes. Es ist eben ein vergeistigter Besitz. Es ist darum *nicht dasselbe*, wie der Sachbesitz. Aber es ist *dem Wesen nach* dasselbe. Und weil es dem Wesen nach dasselbe ist, und der Sachbesitz den Schutz des § 823 I BGB. genießt, so wäre es eine Ungerechtigkeit, dem Unternehmensbesitz diesen Schutz zu versagen. Deshalb wird der § 823 I BGB. *analog* auf den Unternehmensbesitz angewandt. Es war schon eine Tat, den Sachbesitz als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB. anzuerkennen. Man kann streiten, ob das systematisch korrekt war. Hat man sich aber einmal dafür entschlossen — und man tut es doch nur, um der Idee der Gerechtigkeit im positiven Recht nach Möglichkeit Geltung zu verschaffen, — so darf man nicht zaudernd auf halbem Wege stehen bleiben und einer universitas facti einen Schutz versagen, den man einem körperlichen Gegenstande gewährt.

Das Reichsgericht hat daher, als es das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als subjektives Recht im Sinne des § 823 I BGB. anerkannte, nicht nur richtig, sondern in seinem dunklen Drange geradezu bewundernswert konsequent gehandelt. Umso bedauernswerter ist es, daß es in der bei Schönfeld auf S. 262, 263 zitierten Entscheidung von einem zum Vermögen gehörigen immateriellen Rechtsgut des Unternehmens spricht. Hoffentlich bleibt diese Entscheidung nur eine Episode und findet das R.G. wieder zu seinem alten richtigen Wege zurück.

Der Tatsache, daß es sich beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb lediglich um die Anerkennung eines sachbesitzähnlichen Tatbestandes in einem ganz bestimmten Zusammenhange handelt, sind sich alle diejenigen nicht bewußt geworden, die daraus folgern, das Unternehmen müsse nun auch ganz allgemein als Object subjektiver Rechte anerkannt werden (Oppikofer). Sie übersehen völlig, daß es sich um weiter nichts handelt, als daß sich eine universitas facti wieder einmal an einer Stelle des Rechtssystems Beachtung verschafft hat, weil diese Beachtung *an dieser*

Stelle geboten ist, und die universitas in diesem Zusammenhange als schutzfähiges Objekt anerkannt werden kann. Ob es notwendig ist, sie nun in jeder Beziehung als Rechtsobjekt anzuerkennen, und ob sie sich in vollem Umfange überhaupt dafür eignet, ist daraus in keiner Weise zu folgern. Schon die Tatsache, daß die Anerkennung des Sachbesitzes als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB. durchaus nicht allgemein ist, sollte vor Verallgemeinerungen dieser Analogie warnen. Das R.G. tut daher gut daran, dem Drängen hierzu nur sehr vorsichtig unter genauer Prüfung der Notwendigkeit und der Geeignetheit der universitas des Unternehmens, in anderen Fällen als Objekt subjektiver Rechte zu dienen, nachzugeben. Als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB. tut der Unternehmensbesitz seine Schuldigkeit. Ob er sich aber z. B. ganz allgemein zur Begründung dinglicher Rechte am Unternehmen eignet, muß füglich bezweifelt werden. Jedenfalls fehlt ihm als vergeistigtem Besitz die sinnfällige Publizitätsqualität des Sachbesitzes, weshalb er sich wohl kaum eignet, dessen für das Sachenrecht so bedeutsame Publizitätsfunktionen für Rechte am Unternehmen zu übernehmen.

Von sehr großer Bedeutung ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zwar nicht. Denn in der großen Mehrzahl der Fälle der Störung des Unternehmensbetriebes lassen sich andere Normen, besonders die des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb und § 826 BGB. unmittelbar anwenden. Seine Bedeutung liegt auf dem Gebiete der Patentanmaßung. Die ungestörte Ausnutzung von Patenten ist ja für viele Unternehmen geradezu eine Lebensbedingung, die Eingliederung von Patentrechten in die Unternehmensorganisation daher eine alltägliche Erscheinung. Ueber die ungeheure Bedeutung dieser Frage vergleiche Isay, Die Bedeutung der Patente usw. Von Patentanmaßung spricht man dann, wenn „auf Grund eines angeblich entgegenstehenden Schutzrechts die rechtliche Zulässigkeit eines fremden Gewerbebetriebes in bestimmtem Umfange verneint und deshalb seine Einschränkung verlangt wird" (R.G. 58, 30). Gegen Patentanmaßung stünde der Betroffene jedenfalls dann ohne rechtlichen Schutz, wenn das Schutzrecht fahrlässigerweise zu Unrecht beansprucht wird. Weder § 823 II BGB. noch die §§ 824, 826 BGB. noch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (U.W.G.) wären hier anwendbar, und § 823 I BGB. wäre es deshalb nicht, weil kein „sonstiges Recht" verletzt wäre. Es ist dem R.G. daher beizupflichten, wenn es sagt, daß es nur ein Korrelat zu der bevorzugten Stellung ist, die dem Gewerbetreibenden dadurch eingeräumt ist, daß ihnen das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen in Gestalt des Patent- und Musterschutzes wertvolle Ausschließungsrechte zur Verfügung stellt, vermöge deren sie die Erzeugnisse ihrer Erfindungstätigkeit vor der Benutzung durch die gleichstrebende Konkurrenz sichern und ihrem eigenen Vorteil allein vorbehalten können, — „da sie ja auch für den Bestand des Rechts einzustehen haben, das

sie zur selbstnützigen Beschränkung des an sich freien Gewerbebetriebes ihrer Gegner geltend machen, und nicht nur die Vorteile genießen, sondern auch die Gefahren tragen müssen, die mit der Behauptung solcher ausschließlichen Patent- und Musterrechte verbunden sind" (R.G. a. a. O.).

Es handelt sich bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb also nicht nur um eine rechtlich haltbare Konstruktion, sondern es liegt auch ein Bedürfnis für dieselbe vor. Die Funktion, die dieses Recht erfüllt, besteht in dem Schutz des Gewerbebetriebs, soweit er eingerichtet und ausgeübt ist, soweit er in einer Unternehmensorganisation seinen Niederschlag gefunden hat, eben in dem Schutz der universitas vor rechtswidriger, schuldhafter Störung des funktionellen Zusammenhangs ihrer Glieder.

2. Firmen- und Warenzeichenschutz.

Handelt es sich bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um einen die Gesamtheit der Unternehmensorganisation erfassenden Schutz, so kommen nunmehr Rechte zur Darstellung, die einen Schutz des Unternehmens durch unmittelbaren Schutz seiner Bestandteile bedeuten.

Firma und Warenzeichen stimmen darin überein, daß sie Persönlichkeitsrechte sind. Unter „Persönlichkeitsrecht" (im engeren Sinn) versteht man „das Recht des rein persönlichen Lebens, Erlebens und Auslebens" (Schreuer, Deutsches Privatrecht). Das Firmenrecht ist daher Persönlichkeitsrecht, weil es das Recht des Kaufmanns an dem Namen ist, dessen er sich im Geschäftsleben bedient. Das Warenzeichenrecht ist Persönlichkeitsrecht, weil es das ausschließliche Recht des Geschäftsmannes ist, die Waren, die aus seinem geschäftlichen Herrschaftskreis stammen, mit dem Zeichen zu versehen. Darin allein besteht aber das Wesen dieser Rechte nicht.

Die Firma sammelt auf sich, je länger sie im Unternehmen verwandt wird, den guten und den schlechten Ruf des Geschäfts. An sie knüpft sich ein guter Teil der Geschäftsbeziehungen, bei dem einen Unternehmen mehr, bei dem anderen weniger. Die vielen Unterschriften auf den Geschäftspapieren werden zur Ueberschrift über dem Unternehmen. Der allmähliche Loslösungsprozeß des Unternehmens von der Individualität des Inhabers erfaßt auch die Firma. Von dem Namen, unter dem der Kaufmann im Geschäftsleben auftritt, wird sie zum Namen, unter dem ihm seiner Arbeit Kind, das Unternehmen, allmählich gegenübertritt. Sie ist aus einer Eigenschaft des Inhabers zu einem Bestandteil des Unternehmens selbst geworden. In der Verfügung über diesen ist der Unternehmer wirtschaftlich jetzt ebenso gebunden, wie in der über jeden anderen, ja noch bedeutend mehr. Er kann seinen kaufmännischen Namen jetzt nicht mehr ändern, ohne das Unternehmen zu bedrohen. Die Kundschaft, die sich gerade an diese Firma knüpfte, ginge eventl. verloren, um die besondere Werbekraft gerade dieser Firma würde das Unternehmen beraubt.

Aehnlich ist es beim Warenzeichen. Auch dieses wächst mit dem Gebrauch immer mehr in die Unternehmensorganisation hinein. Am Warenzeichen hängt ein guter Teil des Absatzes derjenigen Ware, für die es verwandt wird. Es erfüllt ja im Geschäftsleben die Funktion, das Publikum auf die Ware aufmerksam zu machen, die Erinnerung daran und die Unterscheidung von anderen Waren zu erleichtern. Es soll Kundschaft werben und erhalten. — Daraus ergibt sich übrigens, daß es *seinem Wesen nach* nicht Ursprungszeichen ist, obgleich es in seinen historischen Anfängen ein solches gewesen sein mag. Es dient zwar zur Unterscheidung der Waren eines Geschäftsmannes von denjenigen anderer Geschäftsleute. Aber dazu ist, wie fälschlicherweise ganz allgemein geschlossen wird, doch nicht nötig, daß es auf den Unternehmer, der sich seiner bedient, zurückweist.

Es würde sogar unter Umständen seinen Zweck völlig verfehlen, wenn es das täte. So ist es heute — oder war es doch jedenfalls bis vor kurzem — einem österreichischen Kaufmann, der sich beim Vertrieb seiner Waren in Italien eines Warenzeichens bedient, dringend abzuraten, darin einen Hinweis auf seine Wiener Firma aufzunehmen. Ebenso unterläßt es besser ein Kaufmann mit der Firma Isaak Isay, in sein Warenzeichen, dessen er sich bei seinem brasilianischen Handel bedient, einen Hinweis auf seine Firma einzufügen, weil das breite Publikum in Brasilien stark antisemitisch eingestellt ist. —

Auch das Warenzeichen wird von einem Zeichen, dessen sich eine Person zur Kenntlichmachung von Waren bedient, durch die Dauer des Gebrauchs zu einem Bestandteil des Unternehmens. Auch es kann ohne Rückwirkung auf dieses nicht mehr aus der Unternehmensorganisation herausgenommen werden. Auch es nimmt an dem Loslösungsprozeß des Unternehmens von der Individualität des Unternehmers teil.

Die Rechte an Firma und Warenzeichen nehmen daher, je länger sie bestehen, einen Zwittercharakter an. Sie hören nicht auf, Persönlichkeitsrechte zu sein, sie werden aber gleichzeitig, je mehr ihre Objekte in die Unternehmensorganisation hineinwachsen, Rechte an Unternehmensbestandteilen, an Bestandteilen einer universitas facti. Sie teilen so nur das Schicksal aller anderen Gegenstände, die in den Bannkreis des Unternehmens gezogen werden. Sie brauchen allerdings länger.

Was für Firma und Warenzeichen gilt, gilt auch für alle anderen Bezeichnungen, sowohl des Unternehmens wie der Waren, nur daß an ihnen, außer dem Personennamen, keine Persönlichkeitsrechte bestehen. Gerade als Unternehmensbestandteile aber, als werterhöhende Faktoren der Einheit Unternehmen, sind diese Gegenstände hier von Interesse. Die Schutzbestimmungen, die ihnen gelten, schützen eben das Unternehmen durch unmittelbaren Schutz seiner Bestandteile.

Alle Normen, die den Gebrauch von Firma, Warenzeichen und sonstigen Bezeichnungen schützen, (z. B. § 37 HGB., § 12 WZ., § 16 UWG., Art. 8 Pariser Verbandsübereinkunft) geben Rechte, Dritte von dem Gebrauch von Objekten des „Rechts am Unternehmen" auszuschließen oder Schadenserſatz für unbefugten Gebrauch zu verlangen.

Einen Schutz des Unternehmens bedeutet auch das sogen. Firmenmonopol des § 30 HGB.: Bestehende Firmen sollen durch neue keinen Abbruch erleiden.

Ein weiterer sehr bedeutsamer Schutz liegt darin, daß das Gesetz die Uebertragung des Rechts an Firma und Warenzeichen mit dem Unternehmen zusammen gestattet, womit es deren Charakter als Teile der Unternehmensorganisation, also den oben erwähnten Zwittercharakter, ausdrücklich anerkennt (§§ 22 und 23 HGB., § 7 WZ.; darüber nochmals an anderer Stelle). Auf diesen Durchbruch des Gedankens der universitas der Unternehmensbestandteile wurde schon oben hingewiesen.

3. § 6 des preuß. Gesetzes über die Bahneinheit und Art. 6 des württembergischen.

Beim Bahnunternehmen können nach Art. 6 württ. Gesetz, § 6 preuß. Gesetz dingliche Ansprüche an den zur Bahneinheit gehörenden Gegenständen nur geltend gemacht werden, wenn die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt daß durch die Geltendmachung die Betriebsfähigkeit des Unternehmens nicht beeinträchtigt werde. Dasselbe gilt für die Verfolgung dinglicher Rechte an den für das Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechten an fremden Grundstücken (§ 7). Hier hat die funktionelle Gebundenheit der Unternehmensbestandteile eine besonders deutliche rechtliche Anerkennung erfahren. (Darüber noch ausführlicher unten unter B. II, 1).

---

4. §§ 3 und 4 preuß. Quellenschutzgesetz.

Das preuß. Quellenschutzgesetz v. 14. 5. 1908 begründet einen Schutz für gemeinnützige Quellen, das sind „natürliche oder künstlich erschlossene Heil- und Thermalquellen, deren Erhaltung aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls ihrer Heilwirkung wegen notwendig erscheint" (§ 1). Voraussetzung ist nicht, daß die Quelle Grundlage eines Unternehmensbetriebes ist; wenn sie es aber, wie meist, ist, so ist der Schutz dieses wichtigsten Betriebsmittels ein Schutz des auf ihm aufgebauten Unternehmens. Hier ist nicht der Gedanke der universitas die treibende Kraft, sondern der der Erhaltung eines Gegenstandes des Volksvermögens. Quellenschutz ist nur zufällig Unternehmensschutz. Alle Ausführungen dieser Arbeit über Quellenschutz wollen daher mit der Voraussetzung gelesen werden, daß auf der Quelle ein Unternehmen aufgebaut ist.

Der Schutz besteht nur innerhalb eines in besonders geordneten Verfahren festzustellenden Schutzbezirks. Der Schutz richtet sich gegen gewisse Einwirkungen auf den Boden innerhalb des Schutzbezirks, gegen Vornahme von Veränderungen an der Quelle oder deren Fassung, sowie unzweckmäßige Benutzung, und gegen mangelnde Ausnutzung der Schutzmöglichkeiten. An dieser Stelle wird nur die erste Art des Schutzes behandelt, die anderen Arten weiter unten.

Der Schutz des Gesetzes besteht darin, daß „Bohrungen, Ausgrabungen und andere Arbeiten, die auf den gewachsenen Boden einwirken, sowie alle sonstigen Arbeiten, welche die Ergiebigkeit oder die Zusammensetzung der Quelle beeinflussen können", innerhalb des Schutzbezirks an staatliche Genehmigung gebunden sind, die auf Grund eines gemeinsamen Beschlusses des Oberbergamtes und des Regierungspräsidenten erteilt wird (§§ 3 und 4). Die Behörden können aber auch, wenn sich herausstellt, daß eine Arbeit die Quelle tatsächlich gefährdet, oder die Absicht, eine solche vorzunehmen, bekannt wird, auf Antrag des Eigentümers deren Beginn oder Fortsetzung untersagen oder ihre Zulässigkeit von einer bestimmten Art der Ausführung abhängig machen (§ 18). Das gilt sogar

für Arbeiten, die bei der Feststellung des Schutzbezirks von der Genehmigungspflicht ausgenommen wurden, oder für die lediglich eine Anzeigepflicht aufgestellt wurde. Ist die Arbeit bereits beendet, so kann die Beseitigung des schädigenden Zustandes angeordnet, und, wenn sich der Grundeigentümer weigert, sie vorzunehmen, zwangsweise auf Kosten des Quelleneigentümers durchgeführt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann sogar eine der Behörden eine vorläufige Entscheidung treffen. Schon während der Antrag auf Feststellung eines Schutzbezirkes läuft, kann angeordnet werden, daß für in Frage kommende Arbeiten innerhalb des beantragten Schutzbezirkes Genehmigung erforderlich ist (§ 10).

Wer ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht an der Quelle hat, tritt an die Stelle des Eigentümers (§ 13). Gegen Beeinträchtigung einer Quelle durch Arbeiten an einer anderen Quelle oder deren Fassung besteht ein Schutz insofern, als vor der Genehmigung solcher Arbeiten (s. u.) der Eigentümer zu hören ist.

Die Wirksamkeit des Gesetzes ist durch Strafbestimmungen gesichert (§ 31).

Wir stoßen hier zum ersten Mal auf eine Erscheinung, die im Laufe der Erörterung noch mehrmals begegnen wird: Die behördliche Mitwirkung bei der Ausübung der Unternehmerrechte. Das Eigentum an der Quelle ist, da eine Quelle ja kein körperlicher Gegenstand ist, sondern sozusagen ein Naturvorgang, ein Eigentum besonderer Art. Mit negatorischen Ansprüchen allein, die ja lediglich den dem Eigentümer selbst gehörenden Boden um die Quelle, das jeweils herausquellende Wasser betreffen können, ist hier nicht gedient. Die Abhängigkeit der Quelle von der Bodenbeschaffenheit in einem weiten Umkreis macht eine Ausstrahlung des Eigentums auf diesen notwendig, wenn ein Eigentum an der Quelle als Naturvorgang anerkannt werden soll. Da einerseits sich das Sacheigentum nicht auf jenen Umkreis erstreckt, andererseits aber der Quelleneigentümer in ihm Schutz genießen soll, hinwiederum eine Verlegung der Schutzrechte und deren Ausübung in seine private Sphäre zu einem dauernden Kriegszustand mit den umliegenden Bodeneigentümern führen würde, der Quelleneigentümer meist auch gar nicht in der Lage wäre, objektiv festzustellen, was der Quelle voraussichtlich schaden wird und was nicht, ist eine Mitwirkung der Behörden erforderlich. Ist auch einmal eine Bodenveränderung tatsächlich vorgenommen worden, so können unter Umständen privatrechtliche Ansprüche gar nicht mehr zum Ziele führen. Denn der Vorgang ist nun gestört, die Wiederherstellung des früheren Zustandes vielleicht unmöglich, und somit ein wirtschaftlicher Wert unwiederbringlich verloren. Aus vielen Gründen ist daher die behördliche Mitwirkung bei der Ausübung der Schutzrechte vonnöten.

---

5. Mieterschutz.

Ein Schutz des Unternehmens würde es sein, wenn der Unternehmer, der sein Unternehmen auf gemieteter Liegenschaft betreibt, einen besonderen Schutz gegen Kündigung oder bei Ablauf des Mietvertrages genösse. Seine Abwehrrechte wären damit um einen nicht unwesentlichen Teil erweitert. Denn er wäre damit ja gegen die Entziehung eines der wichtigsten Glieder der sächlichen Unternehmensgrundlage aus der Unternehmenseinheit gesichert. Hier fehlt jede Rücksichtnahme auf die Interessen des Unternehmens. Das Unternehmen in gemieteten Räumen oder Gebäudeteilen genießt an sich den Schutz des Reichsgesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter v. 1. 6. 1923, Fassung v. 17 2 1928 (§ 1). Die oberste Landesbehörde kann jedoch mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers nach § 52 Mieterschutzgesetz bestimmte Arten von Räumen von den Mieterschutzbestimmungen (1. Abschn. des Mieterschutzgesetzes) ausnehmen. Dies ist in Preußen für „Geschäftsräume" geschehen durch die Verordnung des Ministers für Volkswohlfahrt über die Lockerung der Wohnungszwangswirtschaft v. 11. 11. 1926. Geschäftsraum ist, was am 1. 12. 1926 nicht Wohnraum war (§ 6). Nur hat der Klage auf Herausgabe eines Geschäftsraumes ein Schiedsverfahren vor dem Mieteinigungsamt vorauszugehen (§ 52 a Mieterschutzgesetz, preuß. Verordnung über ein Schiedsverfahren vor dem Mieteinigungsamt v. 28. 3. 1927).

Aehnlich wie Preußen sind andere Länder vorgegangen: Bayern durch die Verordnung v. 28. 12. 1926 und die Bekanntmachung v. 21. 6. 1927; Sachsen durch die Verordnung v. 6. 4. 1927; Baden durch die Verordnung v. 13. 7. 1926; Hamburg durch die Verordnung v. 12. 1. 1925 und vom 19. 9. 1923. In allen Fällen kann aber das Gericht „die Zwangsvollstreckung aus Urteilen und Vergleichen, welche die Herausgabe eines Mietraumes zum Gegenstand haben, unter näher bestimmten Voraussetzungen von der Sicherung eines ausreichenden Ersatzraumes abhängig machen" (§ 52 I 2 Mieterschutzgesetz).

Vernichtet kann das Unternehmen also durch die Austreibung des Mieters immerhin nicht werden. Allerdings wird in vielen Fällen der Umzug einem vollständigen Neuaufbau gleichkommen. Der Unternehmer ist also auf dem Gebiete des Mieterschutzes nicht nur nicht bevorzugt, sondern gegenüber dem Wohnungsmieter infolge jener landesrechtlichen Lockerungsmaßnahmen sogar benachteiligt.

In Frankreich ist der Vermieter zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sich die Kündigung bezw. die Nichterneuerung des Mietvertrages gegenüber einem Mieter, der auf der gemieteten Liegenschaft einen „fonds de commerce" (Gesetz v. 17. 3. 1909) hat, als „Mißbrauch seines Rechtes darstellt" (Gesetz v. 30. 6. 1926 réglant les rapporps entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel. Neue Fassungen mit Abänve-

rungen v. 24. 4. 1927 und 31. 3. 1928). Wann ein solcher Mißbrauch nicht vorliegt, bestimmt das Gesetz ausdrücklich. Die Gründe zur Kündigung bezw. Nichterneuerung müssen regelmäßig in der Person des Mieters begründet sein (vgl. zum ganzen: Trasbot, Annales de droit commercial 1926).

Der Schadensersatzanspruch kann sich unter besonderen Voraussetzungen auch gegen Dritte richten.

Daneben bestehen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen jeden, der später durch Betrieb eines gleichartigen Unternehmens auf der Liegenschaft infolge des früheren Geschäftsbetriebes des ausgetriebenen Mieters Kunden gewinnt oder aus „aménagements" desselben (Einrichtung des Grundstücks für einen bestimmten Geschäftsbetrieb) Vorteile zieht. Durch diese Regelung ist zwar das Recht des Unternehmers nicht dahin ausgestaltet, daß einer Austreibung wirkungsvoll begegnet werden könnte. Immerhin aber ist ihr durch die gewährten Ansprüche doch in weitem Maße vorgebeugt. Denn es wird ja nur dann die Kündigung bezw. die Nichterneuerung einen Sinn für den Vermieter haben, wenn die infolge etwaiger Ansprüche des Mieters sich ergebende Schädigung durch anderweitige Verwendung des Grundstücks voraussichtlich überkompensiert werden wird. Das wird in den meisten Fällen sehr zweifelhaft sein, weshalb sich der Vermieter zu einer Austreibung nur schwer entschließen wird.

Den Gefahren aus dem Mietvertrag zu begegnen, hat E. Schmidt (S. 89) einen beachtenswerten Vorschlag gemacht. Das obligatorische Recht des Unternehmers an der „Oertlichkeit" will er dadurch verdinglichen, „daß sich der Unternehmer anstatt einen Mietvertrag zu schließen, ein dingliches Wohnrecht einräumen ließe, das dann teils nach Nießbrauchs-, teils nach Grunddienstbarkeitsgrundsätzen zu beurteilen wäre." Auch sein weiterer Vorschlag, ein Unternehmensbetriebsrecht zu schaffen, das den Unternehmer berechtige, auf einem Grundstück oder Teilen desselben (Stockwerk!) ein Unternehmen zu betreiben, und das nach Grundstücksrecht zu behandeln wäre, ist der Erwähnung wert.

---

6. Schutz des Unternehmens bei der Zwangsvollstreckung.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß das Unternehmen durch Zwangsvollstreckung in seine Bestandteile schwer bedroht werden kann. Es stellt sich hier das Problem, wie die Interessen der Allgemeinheit mit denen der vollstreckenden Gläubiger in Einklang gebracht werden können, auf die bei einem Schutz des Unternehmens bei der Zwangsvollstreckung Rücksicht genommen werden muß. Einerseits soll das Unternehmen nach Möglichkeit nicht durch die Zwangsvollstreckung leiden, andererseits sollen aber auch die Gläubiger zu ihrem Rechte kommen. Die Stellungnahme des positiven Rechts zu diesem Problem kommt nunmehr zur Darstellung.

a) Durch die Beschlagnahme eines Unternehmensgrundstückes zum Zwecke der Zwangsverwaltung wird dem Unternehmer, sofern er der Eigentümer ist, die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen (ZVG. § 148 II). Die Beschlagnahme umfaßt nach §§ 146 und 20 ZVG., § 1120 BGB., § 148 I ZVG. das Grundstück samt allem Zubehör, sowie Miet- und Pachtzinsforderungen und die Ansprüche aus einem mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Recht. Durch die Beschlagnahme werden also dem Eigentümer, der auf seinem Grundstück ein Unternehmen betreibt, die wichtigsten sächlichen Betriebsmittel entzogen, so daß ihm der Betrieb des Unternehmens unmöglich gemacht wird (beachte besonders § 98 BGB.).

Aber auch der Zwangsverwalter ist zur Fortsetzung des Unternehmens grundsätzlich nicht berechtigt. Nach § 152 ZVG. hat er „das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen." Sein Verwaltungsrecht umfaßt nur die von der Beschlagnahme betroffenen Gegenstände, also insbesondere das Grundstück samt Zubehör. Darin erschöpfen sich aber in der Regel die Betriebsmittel eines Unternehmens nicht. Gerade die typischen Unternehmensbestandteile, wie Firma, Warenzeichen, Geschäftsbeziehungen sind dem Verwalter unzulänglich. Wenn sich allerdings der Kreis der dem Verwalter erlaubten Handlungen mit demjenigen deckt, der auch die in dem vorher auf dem Grundstück betriebenen Unternehmen notwendigen Handlungen umschließt, so ist der Verwalter zum Weiterbetriebe dieses Unternehmens befugt. Das wird insbesondere regelmäßig bei Landgütern der Fall sein, weil hier der Unternehmensbetrieb hauptsächlich in der „Ausnutzung des Grund und Bodens besteht (vgl. hierzu Matthießen ZfZ. 31, 315 ff.). Vieh unterliegt schon auf Grund der §§ 98 Nr. 2 BGB., 148 ZVG. seinem Verwaltungsrecht, soweit es zum Wirtschaftsbetriebe bestimmt ist.

Erwähnung verdient hier die Verfügung des preußischen Justizministers v. 8. 12. 1899, welcher die den Landesjustizverwaltungen durch § 14 EE. ZVG. überlassenen allgemeinen Anordnungen enthält. Nach § 6 II und IV derselben kann der Verwalter das Grundstück anders als durch Vermietung nur nach vorheriger gerichtlicher Entscheidung nutzbar machen. Er kann also ein Unternehmen nur nach vorheriger gerichtlicher Prüfung des Falles betreiben. Ermächtigt das Gericht den Verwalter zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens, so ist diese Ermächtigung an die Voraussetzungen gebunden, unter denen der Verwalter überhaupt tätig werden darf. Denn eine Landesjustizverwaltung kann durch allgemeine Anordnungen auf Grund von § 14 EG. ZVG. nur die Geschäftsführung des Verwalters näher regeln, nicht aber seine reichsgesetzlich festgelegte Zuständigkeit erweitern (hierzu Matthießen ZfZ. 31, 315 ff.).

Für den Fall, daß der Zwangsverwalter das Unternehmen fortführen darf, ist durch die ihm auferlegte Pflicht

zur Erhaltung des Grundstücks in seinem wirtschaftlichen Bestande und zu ordnungsmäßiger Benutzung für den Schutz des Unternehmens hinlänglich gesorgt. Desgleichen, wenn es dem Unternehmer gelingt, das Grundstück von dem Verwalter zum Zwecke der Weiterführung des Unternehmens zurückzumieten, ein wegen meist mangelnder Sicherheit seltener Fall (Matthießen).

Das Unternehmen kann erhalten bleiben, wenn der Mieter neben dem Mietvertrag über das Grundstück mit dem Verwalter einen Pachtvertrag über das Unternehmen oder „Kastellanvertrag" mit dem Schuldner abschließt. Betreibt der Verwalter das Unternehmen nicht weiter, mietet der Schuldner die beschlagnahmte Liegenschaft nicht zurück oder schließt der Mieter keinen Unternehmenspachtvertrag mit ihm ab, so verschwindet das Unternehmen, zum mindesten wirtschaftlich. Die Form kann ja die Zwangsverwaltung bezw. die aus ihr resultierenden Verträge überdauern. In den bezeichneten drei Möglichkeiten besteht bei der Zwangsverwaltung der ganze Unternehmensschutz. Es ist zu wünschen, daß die Gerichte bei der Erteilung der Ermächtigung an den Zwangsverwalter, das Unternehmen des Schuldners weiter zu betreiben, nicht engherzig verfahren. Im übrigen ist hier das Wirksamwerden des Schutzes von der Initiative des Schuldners bezw. der Bereitwilligkeit des Mieters abhängig.

Hat der Unternehmer das Grundstück zwecks Ausübung eines gewerblichen Betriebes gemietet oder gepachtet, so ist dem Zwangsverwalter gegenüber der Miet- oder Pachtvertrag wirksam (§ 152 II ZVG.). Wird das Unternehmen auf Grund eines dinglichen Nutzungsrechts am Grundstück betrieben, so kommt es im einzelnen darauf an, wie weit die Befugnisse daraus gehen. Soweit sie mit dem Verwaltungsrecht kollidieren, gehen sie diesem vor.

b) Im Falle der Zwangsversteigerung der Unternehmensliegenschaft beläßt die Beschlagnahme dem Unternehmer die Verwaltung und Benutzung eventl. Verfügung über die sächlichen Betriebsmittel, soweit zur Führung des Unternehmens erforderlich (§§ 24, 20 II, 21, 23 I 2 ZVG.). Die geordnete Führung des Unternehmens wird also durch die Beschlagnahme nicht gestört.

Mit dem Zuschlag wird nach § 90 ZVG. der Ersteher Eigentümer des Grundstücks und derjenigen Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt hat, d. h. auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme noch wirksam ist, also regelmäßig vor allem das im Besitze des Schuldners oder neueingetretenen Eigentümers befindliche Zubehör, selbst wenn es einem Dritten gehört (§ 55 ZVG.). Der Unternehmer verliert also seine wichtigsten sächlichen Betriebsmittel. Der Schutz des Unternehmens ist hier ganz allein der Initiative des Unternehmers bezw. der Bereitwilligkeit des Ersteigerers überlassen. Ueberdies sind hier die Aussichten für eine Erhaltung des Unternehmens infolge der Einstellung, mit der ersteigert wird, noch geringer. Gerade die Qualität des Grundstücks als

Betriebsmittel macht seinen besonderen Wert aus. Gebrauch der Liegenschaft zum eigenen Unternehmensbetrieb, Austilgung des Unternehmens aus Konkurrenzgründen etc. werden daher hier die Motive des Ersteigerers sein und einem Zurückmieten des Grundstücks seitens des früheren Unternehmers im Wege stehen. Die Möglichkeit eines Unternehmenspachtvertrages mit dem neuen Eigentümer bleibt auch hier, dürfte aber noch geringer sein als im Falle der Zwangsverwaltung. Da der Ersteher nach § 57 a ZVG. bestehende Miet- und Pachtverhältnisse für den ersten zulässigen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen kann, ist das Unternehmen bedroht, wenn der Unternehmer es auf Grund eines solchen Verhältnisses auf der ersteigerten Liegenschaft betreibt. Desgleichen, wenn ein dingliches Nutzungsrecht an der Unternehmensliegenschaft Grundlage des Unternehmensbetriebes ist. Dann hört das Recht zur Benutzung des Grundstücks für den Berechtigten mit dem Zuschlag unter den Voraussetzungen des § 91 ZVG. auf.

c) Sind die beweglichen sächlichen Betriebsmittel Zubehör eines Grundstücks oder einer Berechtigung für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und das wird in den meisten Fällen so sein, so können sie im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung nicht gepfändet werden (§§ 865 II, 870 I ZPO.). Im Hinblick auf die genannten Paragraphen ist es vom Gesichtspunkt des Unternehmensschutzes aus wünschenswert, daß möglichst viele Betriebsmittel Zubehör der Hauptunternehmensliegenschaft sind, nicht nur, weil sie dann nicht aus dem Unternehmen herausgerissen werden können, sondern weil dann auch im Falle der Zwangsvollstreckung in die Liegenschaft so viele Unternehmensbestandteile miterfaßt werden, daß sich für einen Unternehmer der Versuch lohnt, die Liegenschaft in die Hand zu bekommen. Im ersten wie im zweiten Fall wirken sich die genannten Paragraphen in der Richtung eines Schutzes des ungehinderten Unternehmensbetriebes aus.

Die Tendenzen der Rechtsprechung gehen mit dem oben ausgesprochenen Wunsche parallel. Die Abhängigkeit der Unzulässigkeit der Pfändung von der Zubehöreigenschaft würde bei wörtlicher Auslegung des § 98 Nr. 1 BGB. zur Folge haben, daß große Unternehmen Schutz genössen und kleine nicht. Denn bei einem Kaufhaus z. B. ist das ganze Gebäude für den gewerblichen Betrieb eingerichtet, die bewegliche Einrichtung, die dem Betrieb dient, Grundstückszubehör und somit unpfändbar. Bei einem in einem Gebäudeteil betriebenen Unternehmen wäre dagegen das dem Betriebe dienende Mobilar nicht Grundstückszubehör und daher pfändbar, weil das ganze Gebäude in einem solchen Falle nicht für den gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet sein wird. Die oberstrichterliche Rechtsprechung hat sich jedoch erfreulicherweise auf den Standpunkt gestellt, daß die Einrichtung auch eines Gebäudeteils für ein bestimmtes Gewerbe Zubehöreigenschaft der Einrichtungsgegenstände zu dem Grund-

stück begründet, weil, „was dem Bestandteil eines einheitlichen Ganzen dient, der Natur der Sache nach auch dem Ganzen dient und den Wert des Ganzen erhöht" (R.G. 48 Nr. 44). Wohl zu beachten ist aber in einem solchen Falle, daß dem Gebäudeteil auch „objektiv und dauernd diejenige Zweckbestimmung gegeben ist, welcher die Einrichtung dienen soll", insbesondere, „daß schon seine — des Gebäudeteils — bauliche Beschaffenheit die der Einrichtung entsprechende Benutzungsart erkennen läßt" (R.G. in JW. 1909, 485).

Bei einer Fabrik etc. haben Zubehöreigenschaften im besonderen die zur Inganghaltung des Betriebes erforderlichen verbrauchbaren Sachen wie Kohlenvorräte (R.G. 77, Nr. 12), Schmieröle, eventl. auch die Materialreserve (R.G. 66 Nr. 85). Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß in § 98 Nr. 2 BGB. der Dünger besonders erwähnt ist, in Nr. 1 dagegen die entsprechenden Stoffe nicht. Denn die Aufzählungen in § 98 geschehen nur beispielsweise. Außerdem kann gerade umgekehrt aus der Erwähnung des Düngers auf die Zubehöreigenschaft solcher Sachen geschlossen werden, die in einem anderen Unternehmen als einem Landgut wirtschaftlich den entsprechenden Zweck erfüllen. Hierhin gehören auch diejenigen Stoffe, an welchen sich die gewerbliche Tätigkeit erst betätigt, wie Erzvorräte einer Hütte, Ton- und Quarzitbestände einer Fabrik für feuerfestes Material etc. Denn auch sie dienen dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache, der Herstellung des betreffenden Produkts (Eisen, Silikasteine). Auch sie gehen im Betriebe auf, weshalb auch hier von einer vorübergehenden Benutzung für den Zweck der Hauptsache nicht gesprochen werden kann (vgl. R G. 77, Nr. 12).

Die Zubehöreigenschaft solcher Materialien besteht jedoch nur, soweit sie zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich und bestimmt sind. Inwieweit sie erforderlich sind, ergibt sich leicht aus einem Vergleich der Aufnahmefähigkeit des Betriebes für sie einerseits und der dauernden Eingänge an ihnen andererseits. Ferner dürfte es nicht schwer sein, direkt festzustellen, ob die betreffende Fabrik solche Materialien auch zu anderen als Betriebszwecken hereinzunehmen pflegt.

Die Rechtsprechung des R.G. hat für eine ganze Gruppe von Unternehmen geradezu ein besonderes Zubehörrecht möglich gemacht. Bei Werken nämlich, die ihre Produkte durch Leitungsnetze versenden, gelten die Leitungen, wenn sie sich auf fremden Boden befinden, als Zubehör des Werkes. In Betracht kommen insbesondere Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerke. Dem Gewerbebetrieb, für den das Werkgebäude dauernd eingerichtet ist, dienen die betreffenden Anlagen deshalb, weil sie dazu bestimmt sind, das Produkt des Werkes aufzunehmen und weiter zu leiten, und der Betrieb desselben eingestellt werden müßte, wenn sie weggenommen oder durch Herausnehmen von Teilen unbrauchbar gemacht würden. Die Leitungen gelten als bewegliche Sachen, da sie nur auf Grund eines Rechtes an dem sie tragenden Grundstück oder auf Grund eines Mietvertrages,

also nur zu einem vorübergehenden Zwecke, mit dem Grundstück verbunden zu sein pflegen (§ 95 BGB.) (R.G. 87 Nr. 9, Seuff. Arch. 71 Nr. 78).

Die Konstruktion des R.G. versagt also, wenn die Leitungen auf eigenem Boden des Unternehmers stehen und daher Bestandteile der sie tragenden Grundstücke sind. Wird dann die Zwangsvollstreckung in diese betrieben, so unterfallen ihr auch die Leitungen, die sich auf ihnen befinden. Eine ausdrückliche gesetzliche Feststellung der Zubehöreigenschaft solcher Leitungen zum Werkgebäude wäre daher erwünscht. In Oesterreich ist das für Elektrizitätswerke geschehen durch das Elektrizitätswegegesetz v. 9. 6. 1922, das Starkstromleitungen, einschließlich der Schalt- und Transformatorenanlagen, gleichgültig ob sie sich auf fremden Liegenschaften befinden oder nicht, als Zubehör der Starkstromerzeugungsstätte erklärt, falls sie von dieser (Umformeranlage) regelmäßig den Strom erhalten (§ 14). Die Leitungen und darüber hinaus das zur Instandhaltung und zum Betriebe einer Starkstromanlage gehörige, im Besitze des Unternehmers befindliche Material sind von der „Sonderexekution" ausgenommen.

Ganz allgemein werden nach § 676 Schweiz. Zivilgesetzbuch Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft und dergl., die sich außerhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen, wo es nicht anders geordnet ist, als „Zubehör" des Werkes, von dem sie ausgehen und als Eigentum des Werkeigentümers betrachtet.

In diesem Zusammenhang gehört auch § 58 preuß. Berggesetz, auf Grund dessen Aufbereitungsanstalten eines Bergwerks als dessen Zubehör gelten. § 121 österreich. Berggesetz v. 23. 5. 1854 erklärt die bei dem Bergwerk befindlichen und zu dessen Betrieb bestimmten Maschinen, Tiere, Werkzeuge und Gerätschaften, die vorhandenen Material-, Natural- und anderen Vorräte und die noch nicht in kaufrechtem Zustande nach der Beschaffenheit des Bergwerks befindlichen Erze und Hüttenprodukte für Bergwerkszubehör.

Die Funktion des Zubehörbegriffs für den Unternehmensschutz ist, wie man sieht, von ganz hervorragender Bedeutung. Zwar ist der Unternehmensschutz nicht das Motiv des Gesetzgebers gewesen. Aber im Sachenrecht des Unternehmens findet der Zubehörbegriff seine Hauptanwendungsfälle, Daß den Gesetzgebern das auch vorgeschwebt hat, zeigt klar der § 98 BGB. Die voraufgehenden Ausführungen zeigen, daß für die Zwangsvollstreckung die Betriebe der meisten Unternehmen eine untrennbare Einheit bilden. Man kann also regelmäßig nicht wegen einer Forderung von 20 000 *RM* einen ganzen Betrieb still legen, indem man die hauptsächlichste Maschine wegpfändet. Man ist auf den Weg der Immobiliarvollstreckung verwiesen. Dadurch sind rigorosem Vorgehen von vornherein wegen der Umständlichkeit des Verfahrens gewisse Hemmungen gesetzt. Kommt es aber zur Vollstreckung, so wird der Ersteigerer eben den Betrieb

ersteigern und fortführen, wodurch er zwar in der Regel, wie oben ausgeführt, dem alten Unternehmen entzogen, aber doch immerhin in den Dienst eines anderen Unternehmens überführt wird. Die Organisation des alten Unternehmens geht eben, *insoweit als sie den Betrieb betrifft*, nicht verloren. Damit gewinnt das anscheinend so unscheinbare Zubehörrecht ein ganz anderes Gesicht, es wird zu einem hervorragenden Schutzrecht bedeutender wirtschaftlicher Werte.

Auch in anderer Beziehung offenbart sich seine Bedeutung. So kann man nach § 926 BGB. nunmehr eine ganze Fabrik, so wie sie liegt, einfach so übereignen, daß man in die Auflassungserklärung hinter das Wort „Grundstück" noch die beiden Wörtchen „samt Zubehör" einschiebt. Welche unendliche Vereinfachung des Rechtsverkehrs! Statt 1000 Uebergaben zwei Worte vor dem Grundbuchamt!

Interessant ist übrigens, wie das Gesetz bei der Definition des Zubehörbegriffs verfährt. Zuerst kommt im § 97 S. 1 BGB. eine abstrakte Definition. Dann kommt eine bedeutende Einschränkung: Jene Definition soll nur gelten, wenn das Leben, aus dem sie übernommen ist, ihr recht gibt. Die Wurzel des Gedankens der universitas facti! Man vergleiche nun die Ausführungen von Birkmeyer S. 109 ff., insbesondere S. 111: „Wo die Vorstellung des täglichen Lebens in der Schöpfung eines Einheitsbegriffes dem Recht vorangegangen ist, da finden wir den vom Leben geschaffenen Begriff auch auf dem Rechtsgebiet wieder. Das Recht, wo es überhaupt die betreffende Einheit als Einheit gelten läßt, verwertet den vom Leben aufgestellten Begriff derselben, *ohne etwas dazu oder davon abzutun*", § 97 I 2 BGB.! Im § 98 BGB. bringt nun das Gesetz zwei typische Fälle, in denen es wieder die Verkehrsauffassung beiseite stellt. Warum? — Weil das die Fälle sind, von denen es im Grunde ausgeht, wo es allgemein anerkannt ist, daß man es mit Einheiten zu tun hat.

Dieses Vorgehen zeigt den Weg, den das Recht des Unternehmens, einer ebenfalls vom Leben geschaffenen Einheit, auch wird gehen müssen. Wenn einmal der Begriff des Unternehmens von Gesetzgebern zu definieren sein wird, dann ist ihnen hier ein Muster ihres Vorgehens gegeben.

Für Hilfsbaue eines Bergwerks ist der rechtliche Zusammenhang mit dem Unternehmen noch enger, da sie als Bestandteile des berechtigten Bergwerks oder, wenn die Eigenlöhner mehrerer Bergwerke sich zur gemeinschaftlichen Anlage von Hilfsbauen vereinigt und keine andere Vereinbarung getroffen haben, als Bestandteile der berechtigten Bergwerke gelten (§ 60 preuß. Berggesetz). Vergl. auch § 81 preuß. Wassergesetz.

Durch das Reichsgesetz betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln v. 3. 5. 1886, gültig auf Grund des § 13 EG. ZPO. sind auch die Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, die Personen oder Güter im öffent-

lichen Verkehr befördern, von der Pfändung im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung ausgenommen.

In diesen Zusammenhang gehören auch die Nr. 4 und 9 des § 811 ZPO. Der Pfändung sind nämlich nicht unterworfen „bei Personen, welche Landwirtschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe erforderliche Geräte und Vieh, nebst dem nötigen Dünger sowie die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Führung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden", (§ 811 Nr. 4 ZPO.) und „die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren". Wie ersichtlich, ist hier der ausschlaggebende Gesichtspunkt lediglich die Unentbehrlichkeit der genannten Gegenstände für den Betrieb, weshalb die zitierten Bestimmungen in den Rahmen des § 811 ZPO. gar nicht hineinpassen, da dessen andere Bestimmungen dem Schutz persönlicher Bedürfnisse des Schuldners gelten.

Die letzten drei Absätze dieses Kapitels zeigen wieder besonders schön den Sieg des Gedankens der universitas des Unternehmens.

Ein Schutz des Unternehmens gegen Beeinträchtigung der ihm dienenden Rechte gegen die Zwangsvollstreckung ist, abgesehen von den bereits genannten Ausnahmen, nicht vorhanden. Soweit es sich um Berechtigungen handelt, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, sind die obigen Ausführungen über den Schutz des Unternehmens gegen die Zwangsvollstreckung im Grundstücke entsprechend gültig.

b) In Deutsch-Oesterreich ist das Unternehmen für die Zwangsvollstreckung im Interesse der Gläubiger als rechtliche Einheit anerkannt. Dort kann das Unternehmen als solches in Zwangsverwaltung genommen werden.

„Der Verwalter, der durch das Vollstreckungsorgan in das zu verwaltende Unternehmen einzuführen ist, gilt kraft seiner Bestellung zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche der Betrieb eines Unternehmens von der Art des zu verwaltenden gewöhnlich mit sich bringt" (§ 343 österreich. Exekutionsordnung). Das Gleiche gilt für Berechtigungen, auf Grund deren ein Unternehmen betrieben wird (§ 334).

Wenn es vorteilhafter erscheint, etwa wegen Ersparung der Verwaltungskosten, kann auch Verpachtung des Unternehmens bezw. der Berechtigung angeordnet werden, die dann im Wege öffentlicher Versteigerung an den Meistbietenden erfolgt (§ 340).

Die Pachtzinsraten sind in einem solchen Falle beim Gericht zu hinterlegen und werden hinsichtlich ihrer Verteilung so behandelt, als seien es Ertragsüberschüsse aus einer Zwangsverwaltung. Wenn die Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung betrieben wird, was von dem betreibenden Gläubiger abhängt, so nimmt das Unternehmen seinen Fortgang und ist somit gegen die Voll-

streckung geschützt. Die Durchführung des Gesetzes scheint aber, was die Zwangsvollstreckung angeht, besonders deshalb auf erhebliche Schwierigkeiten zu stoßen, weil eine erfolgreiche Verwaltung des Unternehmens ohne die bereitwillige Unterstützung des Schuldners, an der es regelmäßig fehlen wird, meist nicht möglich ist.

e) Nach dem schweiz. Gesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. 4. 1889 gibt es keine Singularvollstreckung in das Vermögen eines im Handelsregister eingetragenen Kaufmanns für Geldforderungen, es sei denn, daß sie „pfandversichert" sind (Art. 39, 41). Wegen solcher Forderungen findet gegen die genannten Personen nur das Konkursverfahren statt. Für den Fall, daß es sich um eine Wechselforderung handelt, erleidet es eine dem Wechselverkehr entsprechende Modifikation (sog. Wechselbetreibung). Die Wechselbetreibung ist auch wegen pfandversicherter Forderungen zulässig (Art. 177).

Die Voraussetzung für diese Regelung ist, daß eine Konkursreife des Schuldners im deutschen Sinne grundsätzlich nicht Bedingung der Konkurseröffnung ist. Bei Untätigkeit des Schuldners führt ein Zahlungsbefehl schließlich unweigerlich zur Konkurseröffnung. Das entspricht der Grundidee der Zwangsvollstreckung: zahle oder wehre dich. Es wird dem Schuldner überlassen, den Gläubiger zur Ausziehung seiner materiellen Berechtigung zur Vollstreckung zu zwingen. Unterläßt er dies, so hat er die Folgen zu tragen. In dieser Regelung liegt, wie auf den ersten Blick erhellt, der denkbar beste Schutz des Unternehmens gegen die Zerstörung durch Einzelvollstreckung. Daß die Gefahr der Konkurseröffnung näher liegt als nach deutschem Recht, ist im Interesse der Gläubiger geboten. Diese Gefahr besteht ja aber nur, wenn der Unternehmer nachlässig ist. Darauf kann aber ruhig vertraut werden, daß er sich wehren wird, wenn das Unternehmen noch seinen Mann ernährt. Tut es das nicht mehr, so ist das ein Zeichen dafür, daß ihm die Existenzberechtigung fehlt. Dann bedarf es auch keines Schutzes mehr. Liegen diese Umstände nicht vor, so ist anzunehmen, daß selbst der bummeligste Unternehmer spätestens mit der Konkurseröffnung aufwachen wird. Nach dieser kann er sich immer noch binnen 10 Tagen durch Berufung gegen die Eröffnung wehren. Die Berufung hat zwar nur dann aufschiebende Wirkung gegenüber dem Konkursverfahren, wenn sie ihr vom Gericht beigelegt wird (sog. fakultativer Suspensiveffekt). Geschieht das nicht, so werden doch immerhin die vorgenommenen Vollstreckungshandlungen hinfällig, wenn die Konkurseröffnung schließlich auf Grund der Berufung aufgehoben wird.

f) Ein gründlicher Schutz des Unternehmens gegen die Gefahren der Zwangsvollstreckung besteht nach den preuß. und württ. Gesetzen über die Bahneinheit v. 19. 8. 1895, Fassung v. 11. 6. 1902, (preuß. Gesetz) bezw. v. 23. 3. 1906 für das

Bahnunternehmen. In Betracht kommen nach dem preuß. Gesetz Privatbahnen, die dem Gesetz v. 3. 11. 1838 unterliegen, und Kleinbahnen und nach dem württ. alle dem öffentlichen Verkehr dienenden konzessionierten und unter Betriebszwang stehenden Bahnen.

Das Charakteristikum der Bahneinheit besteht darin, daß grundsätzlich das Bahnunternehmen mit den ihm gewidmeten Vermögenswerten eine rechtliche Einheit bildet, die im wesentlichen nach Grundstücksrecht behandelt wird. Daher ergreift die Zwangsvollstreckung in die Bahneinheit auch das Bahnunternehmen. Die Einheit von Unternehmen und Betriebsmitteln zeigt sich bei der Zwangsvollstreckung darin, daß der Ersteher Genehmigung zum Erwerbe der Bahn beibringen muß, welche die Genehmigung zu Bau und Betrieb in sich schließt (Eger, Kommentar zu § 32, 3 c). Andernfalls wird der Zuschlag rückgängig gemacht (Art. 30 württ. Gesetz, § 32 preuß. Gesetz). Das Unternehmen überdauert also die Zwangsvollstreckung, abgesehen von dem Fall, daß sich kein Ersteher findet und die Zwangsvollstreckung wegen voraussichtlichen Mangels der Kostendeckung nicht eingeleitet wird. Dann erlischt nämlich die Genehmigung und mit ihr die Bahneinheit (Art. 3 II württ. Gesetz, § 3 preuß. Gesetz). Das Unternehmen kann aber, zum mindesten wirtschaftlich, wieder aufleben, wenn in der nun folgenden Zwangsliquidation ein Unternehmer die Genehmigung zur Fortführung des alten Unternehmens oder von Teilen desselben erlangt, und die noch vorhandenen Bestandteile der alten Bahneinheit als Ganzes veräußert werden (Art. 46 württ. Gesetz, § 47 preuß. Gesetz).

Erfolgt der Betrieb auf Grund eines Nutzungsrechts an der Bahneinheit durch einen Nichteigentümer, so erfolgt die Zwangsvollstreckung in das Nutzungsrecht nicht nach dem Recht der ZPO. (§ 871 ZPO.), sondern im Wege der Zwangsverwaltung des Nutzungsrechts (Art. 38 württ. Gesetz, § 54 preuß. Gesetz), d. h. durch Verwaltung des Unternehmens, so daß dieses im Sinne der Erörterung unberührt bleibt. Zwangsvollstreckung in einzelne zur Bahneinheit gehörende Gegenstände, Mobilien wie Immobilien, ist nur zulässig, wenn die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß durch die Vollstreckung die Betriebsfähigkeit des Unternehmens nicht leidet (Art. 35 württ. Gesetz, § 37 preuß. Gesetz).

Im Falle der Bahneinheit nähert sich die universitas facti der universitas iuris, indem die wirtschaftliche Einheit ihrer wesentlichsten Bestandteile zur rechtlichen erhoben ist. Die ganze universitas ist es natürlich nicht, weil sich die Geschäftsbeziehungen nicht registrieren lassen. Es ist anscheinend unmöglich, sie juristisch zu erfassen, woran die Anerkennung des Unternehmens als Rechtseinheit wohl ewig scheitern wird. Man beachte hier die Gesetzessprache, die klar zwischen dem Unternehmen und den ihm gewidmeten Vermögenswerten unterscheidet.

Im übrigen sei auch hier auf die Erörterungen über die Bahneinheit unten B, II, 1 verwiesen.

An dem Vollstreckungsschutz ist vor allem auszusetzen, daß er große Ungerechtigkeiten in sich birgt. Warum soll gerade das Bahnunternehmen und der landwirtschaftliche oder Apothekerbetrieb mehr geschützt sein als andere Betriebe? Und ist etwa ein Salinenbetrieb oder ein Sanatorium und schließlich auch ein Kohlenbergwerk oder eine Erzgrube soviel weniger schutzbedürftig als eine Quelle? Gewiß handelt es sich bei den besonders geschützten Unternehmen (Eisenbahnen, Quellen, Apotheken) meist um solche, an denen die Allgemeinheit besonders stark interessiert ist. Es ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß diese Betriebe besonders stark geschützt werden. Aber deshalb dürfen die anderen nicht völlig oder fast ohne Schutz bleiben; denn an jedem Unternehmen ist, wie eingangs ausgeführt, die Allgemeinheit interessiert.

Hier muß eine grundsätzliche Reform verlangt werden, und zwar eine Ausdehnung des Gedankens des § 811 Nr. 4 ZPO. auf alle Unternehmen und alle ihre wesentlichen Bestandteile und ihr Zubehör, derart, daß die Einzelvollstreckung in alle Gegenstände, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich sind, ausgeschlossen wird. Zu diesem Zwecke wäre es angebracht, ein Register einzurichten, in das jeder Unternehmer diejenigen Gegenstände eintragen lassen könnte, die zum Betriebe erforderlich sind, was er vor der Eintragung glaubhaft zu machen hätte. Allerdings wäre hier ein besonders hoher Grad der Glaubhaftmachung zu verlangen, damit nicht auch das andere bewegliche Vermögen des Unternehmers durch Eintragung in dieses Register dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden könnte. An die Stelle des Unschädlichkeitsattestes der Bahnaufsichtsbehörde bei der Einzelvollstreckung gegen ein Bahnunternehmen könnte die generelle Genehmigung der Gewerbeaufsichtsbehörde zur Eintragung treten. Auch müßte ihr das Recht eingeräumt werden, die Löschung von nicht mehr zu Recht bestehenden Eintragungen zu verlangen, wogegen dem betroffenen Unternehmer ein Rechtsmittel eingeräumt werden könnte, ebenso wie gegen die Verweigerung zur Genehmigung der Eintragung. Die Eintragung einer Firma ins Handelsregister müßte von der Voreintragung in das oben vorgeschlagene Register abhängig gemacht werden. Allerdings kann der Betrieb nicht absolut vor der Zwangsvollstreckung geschützt bleiben. Soll die Einzelvollstreckung ausgeschlossen sein, so bleibt für die Erfassung der privilegierten Gegenstände nur die Gesamtvollstreckung, d. h. der Konkurs übrig. Es wird daher hier eine Uebernahme der schweizerischen Regelung empfohlen, jedoch mit der Einschränkung, daß der Gläubiger, der das Konkursverfahren eingeleitet wissen will, weil ein Versuch der Zwangsvollstreckung in nicht registrierte Gegenstände erfolglos geblieben ist, dies nachweisen müßte. Es brauchte zu diesem Zwecke nur ein neuer Konkursgrund, eben jener vergebliche Versuch, neben die bestehenden Konkursgründe in die Konkursordnung eingesetzt zu werden.

Ob das Konkursrecht sonst den Anforderungen des Unter-

nehmensschutzes entspricht, bedürfte einer eingehenden Spezialuntersuchung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen kann.

Der Gedanke, der bei dem Schutz der Bahneinheit leitend gewesen ist: Prüfung der beabsichtigten Zwangsvollstreckung auf ihre Wirkung auf den Betrieb durch die Bahnaufsichtsbehörde, ist einer Verallgemeinerung nicht fähig. Denn die Bahnaufsichtsbehörde ist eine Fachbehörde, die mit den Bahnen in dauernder Berührung steht und der es ein leichtes ist, jene Prüfung vorzunehmen. An ihre Stelle müßte im Falle der Uebertragung jenes Gedankens auf alle Unternehmen die Gewerbeaufsichtsbehörde treten. Das aber würde eine sehr umständliche und lästige Polizeitätigkeit innerhalb der Wirtschaft bedeuten und müßte ein riesiges Anschwellen des Beamtenapparates zur Folge haben. Deshalb ist dieser Weg nicht gangbar und der vorgeschlagene vorzuziehen, welcher ganz auf die private Initiative des Unternehmers abstellt.

---

7. § 26 der Gewerbeordnung.

Ein sehr wichtiges Beispiel dafür, wie sich der Zusammenhang der Unternehmensbestandteile gegenüber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchsetzt (weil er eben selbst ein Rechtsgrundsatz ist, wie gerade diese Studie schon bis hierher klar gemacht haben dürfte), stellt § 26 der Gewerbeordnung dar, der zugunsten des Unternehmens eine erhebliche Ausnahme von dem bestehenden Nachbarrecht macht. Grundstücksnachbaren haben gegeneinander gewisse aus dem Eigentum (§§ 1004, 906, 907 BGB.) oder aus dem Besitz (§ 862 BGB.) fließende Abwehrrechte gegenüber Einwirkungen, die von den benachbarten Grundstücken ausgehen. Diese Ansprüche bestehen auch gegenüber Grundstücken, auf denen sich ein Unternehmensbetrieb befindet. Der Grundnachbar eines Betriebes, in dem sich große Steinbrecher oder -stampfer befinden, und von dem infolge des Brechens bezw. Stampfens erhebliche Erschütterungen auf das benachbarte Grundstück ausgehen, kann z. B., von § 16 Gewerbeordnung einmal abgesehen, wenn sich nach § 906 BGB. aus der örtlichen Lage der Grundstücke nicht eine Ausnahme ergibt, nach § 907 BGB. verlangen, daß die Brech- bezw. Stampfanlagen nicht gehalten werden. Das bedeutet, daß in einem solchen Falle verlangt werden könnte, daß der ganze Gewerbebetrieb stillgelegt wird. Daran hat § 26 Gewerbeordnung grundsätzlich nichts geändert. Ist jedoch die Anlage, von der die störende Einwirkung ausgeht, mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet, d. h. konzessioniert, so kann nach § 26 Gewerbeordnung nicht mehr Einstellung des betreffenden Gewerbebetriebes, sondern nur noch verlangt werden, daß Einrichtungen geschaffen werden, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen. Sind solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar, so kann auch ihre Herstellung nicht gefordert werden. Der gestörte Grundnachbar muß dann die Ein-

wirkungen, wenn auch unter Schadloshaltung, schutzlos dulden. Da jedoch so ziemlich alle überhaupt in Betracht kommenden Anlagen nach §§ 16 und 24 Gewerbeordnung einer Konzession bedürfen, genießen tatsächlich die in Frage kommenden Unternehmen auf dem Gebiete des Nachbarrechts ein bedeutendes Privileg. Sie können jederzeit durch Verweisung auf ihre Konzession negatorische Ansprüche auf Einstellung des Betriebes aus dem Felde schlagen. Darin besteht die unternehmensschützende Funktion des § 26 Gewerbeordnung.

8. Schutz des Unternehmens im Arbeitskampf.

Der Schutz des Unternehmens im Arbeitskampf gehört, sofern er den Schutz gegen Aussperrungen betrifft, nicht mehr unter dieses Kapitel, weil dieser ja einen Schutz gegen den Unternehmer darstellt. Um des Zusammenhangs willen soll aber hier der Schutz gegen Arbeitskampf einheitlich behandelt werden. Dieses Kapitel mag dann den Uebergang zu dem nächsten Abschnitt bilden.

Das individualistische Wirtschaftssystem ist, wenn es keine Sklavenarbeit kennt, ohne Arbeitskampf kaum denkbar, sobald die Arbeitskräfte sich ihrer Macht bewußt geworden sind, wobei sie gewöhnlich durch diese auch noch verleitet werden, ihre tatsächliche Bedeutung für den Wirtschaftsprozeß zu überschätzen. Von individualistischer Wirtschaftsweise kann man nur sprechen, wenn der Unternehmer in allen wesentlichen Punkten der unternehmerischen Betätigung der freie, selbstverantwortliche Herr seines Unternehmens ist. Diese Wahrheit hat zeitweilig, besonders in der Blütezeit des Liberalismus, zu der Einstellung des „Herrn im Hause" verführt. Dieser Einstellung der Unternehmer entsprach die Auffassung der Juristen, nach der die Auflehnung der Arbeitnehmer gegen die rücksichtslose Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung der Unternehmer in Lohn- und Arbeitsfragen durch Arbeitsverweigerung gegen die guten Sitten verstieß (siehe Reindl). Das umgekehrte war richtig. Es verstieß gegen die guten Sitten, daß man es den Arbeitnehmern versagte, ihre Macht zur Geltung zu bringen, während es den Unternehmern erlaubt sein sollte. Gerade der Liberalismus, der doch die Weltanschauung des wirtschaftlichen Individualismus ist, muß den Arbeitnehmern das Recht zuerkennen, ihre Macht zur Verbesserung ihrer Lage auszunutzen. Die Entwicklung hat denn auch dahin geführt, daß der Arbeitskampf als letztes aber erlaubtes Mittel zur Erringung günstiger Arbeitsbedingungen für beide Seiten anerkannt ist. Der Arbeitskampf ist im Rahmen unserer Wirtschaftsordnung eine normale Erscheinung.

Nichts desto weniger aber ist er eine gefährliche Erscheinung. Die Gefahr besteht vor allem darin, daß dabei das Unternehmen als die Quelle, aus der doch beide streitenden Parteien schöpfen, ruiniert wird. Deshalb darf der Arbeitskampf nicht nur eine Institution des Arbeitsrechts sein,

sondern muß auch eine solche des Unternehmensschutzrechts werden. In gewissem, geringem Umfang ist er es bereits. Allerdings sind dabei die rechtspolitischen Gedanken, wie sich zeigen wird, ganz andere als oben vorgetragen.

Eine Verordnung des Reichspräsidenten betreffend die Stillegung in lebenswichtigen Betrieben vom 29. Januar 1920, ergangen für Sachsen auf Grund von Art. 48 II R.V., verbot jede Betätigung durch Wort, Schrift oder andere Maßnahmen, gerichtet darauf, lebenswichtige Betriebe zur Stillegung zu bringen. Als lebenswichtig wurden bezeichnet: „Die öffentlichen Verkehrsmittel, sowie alle Anlagen und Einrichtungen „zur Erzeugung" von Gas, Wasser, Elektrizität und Kohle." Die Verordnung wurde durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 13. 4. 1920 außer Kraft gesetzt. Offenbar hat sie einer jetzt noch gültigen Verordnung des Reichspräsidenten, ebenfalls auf Grund des Art. 48 II RV. ergangen, betreffend die Stillegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen, vom 10. Februar 1920 zum Vorbild gedient. Sie verbietet Streiks und Aussperrungen in den genannten Betrieben, solange der zuständige Schlichtungsausschuß einen Schiedsspruch nicht gefällt hat, bezw. seit dessen Verkündung nicht drei Tage vergangen sind. (§ 1). Es handelt sich also um ein Streik- und Aussperrungsverbot von nur aufschiebender Wirkung. Während des bezeichneten Zeitraums ist es auch verboten, zu der betreffenden Kampfmaßnahme aufzufordern oder, was in diesem Zusammenhange mehr interessiert, „zur Durchführung eines Streiks an Maschinen, Anlagen oder Einrichtungen Handlungen vorzunehmen, durch welche die ordnungsmäßige Führung des Werks unmöglich gemacht oder erschwert wird". Der Schutz liegt also in dem Versuch, die Störung des Arbeitsfriedens durch obligatorische Einschiebung des Schlichtungsverfahrens zu vermeiden, sowie das Unternehmen vor schädigenden Eingriffen in seinem materiellen Bestand zu bewahren, bevor nicht eine gütliche Beilegung des Streites versucht ist. Im Falle der Stillegung infolge von Aussperrungen oder Streiks kann der Innenminister Notstandsarbeiten und Notstandsversorgung sichern „sowie alle Verwaltungsmaßnahmen treffen, die zur Versorgung der Bevölkerung oder zur Weiterführung des Betriebes geeignet sind". Insoweit der Betrieb auf Grund solcher Maßnahmen fortgeführt wird, ist ein Schutz des Unternehmens vorhanden.

Eine Verordnung des Reichspräsidenten nach Art. 48 II RV. vom 1. 2. 1922 enthielt ein Streikverbot für Reichsbahnbeamte. Sie wurde bereits am 9. 2. 1922 wieder aufgehoben.

Einen wichtigen Schutz des Unternehmens im Arbeitskampf könnte an sich das gesamte Schlichtungswesen bieten. Gerade dieses aber hat im Laufe der letzten Jahre in dieser Beziehung versagt. Es konnte dies auch gar nicht anders sein. Der Staat ist als Vermittler nur solange zu gebrauchen, als er selbst eine objektive dritte Macht darstellt. Wenn er

aber, wie bei uns, nur als eine Organisation von Machtmitteln angesehen wird, deren sich die jeweils herrschende Richtung zur Durchsetzung ihrer Interessen bedient, muß er in seiner Vermittlerrolle versagen.

Für Stillegungen außerhalb des Arbeitskampfes ist auf die weiter unten folgenden Ausführungen über die Stilllegungsverordnung zu verweisen. Soweit die Notstandsverordnung in Betracht kommt, liegt ein Unternehmensschutz in der Tätigkeit der technischen Nothilfe. Der Einsatz der technischen Nothilfe wird, da er nur im Falle des Notstandes erfolgt, durch Streikreglements der Gewerkschaften, wenigstens soweit sie befolgt werden, weitgehend überflüssig gemacht.

Es mögen in diesem Zusammenhang noch die sog. Konkurrenzverbote, der § 17 UWG. (Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen), sowie die §§ 70—72 des Betriebsräte-Gesetzes hinsichtlich der dort aufgestellten Verpflichtung der Betriebsrats- und Betriebsausschußmitglieder zum Stillschweigen über gewisse ihnen gemachte vertrauliche Angaben Erwähnung finden.

II. Schutz des Unternehmens gegen den Unternehmer.

Daß es überhaupt einen Schutz des Unternehmens gegen den Unternehmer gibt, beweist am klarsten, wie falsch es wäre, den Unternehmensschutz als den Schutz des Unternehmers im Betrieb aufzufassen. Die Existenz eines Schutzes auch gegen den Unternehmer zeigt vielmehr gerade, daß es sich beim Unternehmensschutz um den Schutz eines Gegenstandes handelt, nicht einer Person. Dieses Kapitel wird wiederum schlagende Beweise für die Grundidee dieser Studie liefern: Daß das Unternehmen eine vom Leben geschaffene Einheit ist, die der Form des Rechts entbehrt, jedoch *in dieser oder jener Beziehung* seinen Schutz genießt, weshalb es als universitas facti im oben dargestellten Sinne Birkmeyers anzusprechen ist.

Auf einen neuen bedeutsamen Rechtsgedanken, der an dieser Stelle des Unternehmensschutzrechts seine Verwirklichung zu finden beginnt, soll schon hier hingewiesen werden. Der Inhaber eines Unternehmens ist nicht nur Gewerbetreibender, sondern, wegen der bedeutenden allgemeinen Interessen, die sich mit dem Unternehmen verknüpfen, Sachwalter eines wichtigen volkswirtschaftlichen Wertes. Als solcher hat er die Pflicht, bei Ausnutzung der ihm gegenüber seinem Unternehmen zukommenden Machtstellung die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Es ist ihm verboten, in dem Unternehmen nur schlechthin seinen privaten Willen auszuleben. Die Stellung des Unternehmers zum Unternehmen ist zwar, wenn man sie als Ganzes betrachtet, bloß eine Machtstellung, mag diese auch in vielen Formen ihrer Betätigung rechtlich gefaßt sein. Trotzdem ist der erwähnte Rechtsgedanke eine Parallele zu Art. 153 III 1 RV.: „Eigentum verpflichtet", welcher die Wurzel so vieler öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen ist, während sich die privat-rechtlichen wohl größtenteils aus dem Gesichtspunkte ergeben, daß die Dinge sich im Raume stoßen, daß das Recht zum guten Teile Nachbarrecht ist. Denn hier wie dort handelt es sich um den Durchbruch des Gedankens, daß alle private Machtausübung ihre Schranke hat an den Interessen der Gesamtheit, nur daß es sich bei der Macht des Eigentümers um eine vom Recht verliehene Macht handelt, während die des Unternehmers eine bloß faktische ist, mag sie auch in der Regel weitgehend rechtlich unterbaut sein. Die Einschränkungen des Eigentums sind daher Rechtseinschränkungen, die der Unternehmerfreiheit Machtbeschneidungen durch das Recht. Hierfür soll dieser Abschnitt Beispiele bringen. Es offen-

hart sich hierin wieder der faktische Charakter der Unternehmenseinheit: Wie sie das Recht gegen Angriffe von außen schützt, wo ihre Gefahr gerade zu befürchten ist, ohne die Einheit als Rechtsgut zu formen, so schützt es sie auch gegen Machtmißbrauch ihres Herrn, wo ein solcher Mißbrauch gerade droht, läßt aber die Machtposition in ihrer Ganzheit rechtlich unausgestaltet, schafft kein Recht am Unternehmen in diesem allgemeinen Sinne.

Die bezeichneten Machtbeschränkungen können nun in der Weise vorgenommen werden, daß die Macht über das Ganze eingeschränkt wird und so, daß ihre einzelnen Ausflüsse, z. B. die Freiheit der Verfügung über Unternehmensbestandteile, beschränkt werden. Für beides werden Beispiele beigebracht werden.

---

1. § 5 bezw. Art. 5 der Bahneinheitsgesetze.

Durch Veräußerung und Belastung von zur Bahneinheit gehörenden Grundstücken kann der Betrieb des Bahnunternehmens keine Störung erfahren. Eine derartige Verfügung über das Grundstück bedarf nämlich nach Art. 5 Württ. Ges. und § 5 Preuß. Ges. einer Bescheinigung der Bahnaufsichtsbehörde, „daß durch die Verfügung die Betriebsfähigkeit des Bahnunternehmens nicht beeinträchtigt werde", andernfalls sie rechtsungültig ist. Das Gleiche gilt für die Veräußerung und Belastung der für das Bahnunternehmen dauernd eingeräumten Rechte an fremden Grundstücken. Der Fall der genannten Bestimmungen ist ein Beispiel für die Beschränkung der Machtausübung an Unternehmensbestandteilen, wenn hier, wie nicht erst bewiesen zu werden braucht, der eingangs erwähnte neue Rechtsgedanke auch keine Rolle spielt. Zwar ergibt sie sich schon logisch daraus, daß die Bestandteile der Bahneinheit zu einer Rechtseinheit verschmolzen sind. Es ist also eine Besonderheit, daß sie trotzdem einer Einzelveräußerung und -belastung, sowie einer Einzelvollstreckung (siehe oben B. II 3.) überhaupt zugänglich sind. Daß sie es jedoch nur dann sind, wenn dadurch die Betriebsfähigkeit des Unternehmens nicht beeinträchtigt wird, zeigt deutlich Herkunft und Charakter der Bahneinheit: Sie ist eine zur Rechtseinheit erhobene tatsächliche Einheit. Und sie bleibt es trotz dieser rechtlichen Formung! Denn die einzelnen, zu ihr gehörigen Gegenstände werden durch ihre rechtliche Zusammenfassung nur insoweit unfähig, ein rechtliches Sonderdasein zu führen, als sie für die Erfüllung der Funktion, in deren Dienst sie gestellt sind, unentbehrlich sind. Als selbständige Rechtsobjekte verschwinden sie nicht schon durch ihre Eingliederung in die Bahneinheit, sondern erst durch ihre Zugehörigkeit zu der universitas facti des Bahnunternehmens, die durch die Bahneinheit geformt werden soll, und zum wesentlichen Teile auch wird. Es ist geradezu bewundernswert, wie fein das Recht hier den Erscheinungen nachgeht und den Notwendigkeiten des Lebens Rechnung trägt. Es hat

erkannt, daß hier eine absolute Bestimmung wie im Falle des § 98 BGB. nicht möglich ist, da, was jeweils für den Unternehmensbetrieb erforderlich ist, sich auch beim Bahnunternehmen ebensowenig sagen läßt, wie bei irgend einem anderen Unternehmen. Es konnte sich mithin hier eine allgemeine Verkehrsauffassung noch nicht gebildet haben, die wie im Falle des § 98 BGB. zu absoluter rechtlicher Geltung hätte erhoben werden können. Das Recht konnte daher diesen letzten Schritt nicht tun.

---

2. Die Stillegungsverordnung.

(Vgl. zu diesem Abschnitt fortlaufend Heinrich Göppert, Kommentar zur Stillegungsverordnung).

Eine wesentliche Beschränkung der Rechte des Unternehmers bringt die Verordnung betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und Stillegungen vom 8. 11. 1920. Zunächst sei ihr Inhalt, soweit er in diesem Zusammenhange in Betracht kommt, kurz angegeben. Danach erst wird untersucht werden, inwiefern sie für den Unternehmensschutz in Betracht kommt. Die Stillegungsverordnung schafft „Polizeiverbote mit Erlaubnisvorbehalt" (Göppert, Einleitung S. 10) für sog. Betriebsabbrüche und Stillegungen. Betriebsabbrüche und Stillegungen von gewerblichen Betrieben sind nämlich unter gewissen Voraussetzungen solange verboten, als nicht der Inhaber oder Leiter des betroffenen Betriebes die behördliche Erlaubnis dazu erwirkt hat oder bestimmte Fristen abgelaufen sind. Zu der Erwirkung jener Erlaubnis bezw. zur Inlaufsetzung dieser Fristen muß er der „von der Landeszentralbehörde zu bestimmenden Demobilmachungsbehörde" Anzeige von der beabsichtigten Maßnahme erstatten. Erst wenn diese Behörde ausdrücklich ihre Genehmigung erteilt hat, oder die Fristen abgelaufen sind, erlangt der Anzeigende seine volle unternehmerische Handlungsfreiheit bezüglich der angezeigten Handlungen.

Betroffen werden die Betriebe des § 105 b I Gew.O. und des Verkehrsgewerbes, nicht aber staatliche Betriebe.

Zur Anzeige verpflichtet ist der Inhaber oder Leiter des betreffenden Betriebes, das ist der Unternehmer oder derjenige, den er zur Leitung des Betriebes bestellt hat.

Anzeigeadressat ist nach der Verordnung über die Aufhebung des Amtes der Demobilmachungskommissare vom 25. 3. 1924 diejenige Landesbehörde, welcher von der Landeszentralbehörde die den Demobilmachungskommissaren zustehenden Aufgaben übertragen worden sind. Das ist in Preußen der Regierungspräsident.

Anzeigepflichtig sind „Betriebsabbrüche und Stillegungen".

a) Ein Betriebsabbruch liegt vor, wenn Betriebsanlagen ganz oder teilweise abgebrochen werden (§ 1 Nr. 1). Dieser Paragraph trifft aber weiter den Fall, daß bisher zum

Betrieb gehörige Sachen aus ihnen herausgezogen werden. Desgleichen wird die Vernichtung oder Entziehung von zum Betriebe gehörigen Rechten betroffen (§ 1 Nr. 1 S. 2). Hier werden unter dem Ausdruck „Betriebsabbruch" der Kürze halber alle Handlungen zusammengefaßt, die unter § 1 Nr. 1 fallen.

Die Anzeigepflicht wird für solche Handlungen erst dann begründet, wenn der Abbruch die gewerbliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens wesentlich verringern würde. Ueblicherweise versteht man unter gewerblicher Leistungsfähigkeit die technische. Jede Verminderung des Umfangs der gewerblichen Tätigkeit gilt als Verringerung der gewerblichen Leistungsfähigkeit (so auch Entwurf eines Stillegungsgesetzes § 2 I). Diese Auslegung ist an sich ganz willkürlich. Wenn z. B. Produktionszweige aufgegeben, dadurch Abbrüche nötig werden, dafür aber eine Intensivierung der Produktion des Hauptprodukts, sei es der Quantität, sei es der Qualität nach eintritt, so liegt wohl eine Veränderung, aber keine Verringerung der gewerblichen Leistungsfähigkeit vor. Wollte man aber dem Ausdruck „gewerbliche Leistungsfähigkeit" hier seine ganze Bedeutung in ihrem ganzen Umfange belassen, so würde dem Unternehmer jeder Anhaltspunkt dafür fehlen, wann er anzumelden hat und wann nicht. Wahrscheinlich würde dann überhaupt kein Abbruch mehr zur Kenntnis der Behörde kommen. Aus praktischen Gründen ist es daher nötig, unter gewerblicher Leistungsfähigkeit nur die technische zu verstehen. Anzuzeigen ist also jeder Abbruch, der sich in einem wesentlichen Leistungsausfall, sei es der Art, sei es der Menge nach, bemerkbar machen würde.

Die Verordnung findet keine Anwendung, wenn der Abbruch auf Anordnung oder mit Zustimmung einer dafür zuständigen Behörde oder mit behördlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle erfolgt. (§ 6 a).

„Die Behörde hat im Benehmen mit Betriebsvertretung und Betriebsleitung, gegebenenfalls unter Heranziehung von Sachverständigen, insbesondere der zuständigen Fachorganisationen (z. B. wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper, Außenhandelsstellen) und der amtlichen Berufsvertretungen, unverzüglich aufzuklären, welche Umstände die beabsichtigte Maßnahme veranlassen. Die Aufklärung hat sich auch darauf zu erstrecken, welche Hilfsmaßnahmen zur Behebung wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Betriebs angezeigt erscheinen (§ 3). Sie muß innerhalb 6 Wochen, oder wenn die Frist gemäß § 4 Nr. 1 verlängert wird, binnen eines Monats und 6 Wochen bezw. binnen drei Monaten und 6 Wochen durchgeführt sein. (§ 3 in Verb. mit § 1 II und § 4 Nr. 1).

Um den Erfolg der Aufklärungstätigkeit der Behörde zu garantieren, dürfen während dieser Zeit keine die ordnungsmäßige Führung des Betriebes beeinträchtigenden Veränderungen der Sach- oder Rechtslage vorgenommen werden, soweit sie nicht behördlich genehmigt sind. (§ 2 Nr. 1). So-

wohl die Landeszentralbehörde wie die zuständige Behörde können alle Anordnungen treffen, welche geeignet erscheinen, die tatsächlichen Verhältnisse des Betriebs aufzuklären und die ordnungsmäßige Führung des Betriebes beeinträchtigende Veränderungen der Sach- oder Rechtslage zu verhindern (§ 2 II).

Die Behörde ist somit in die Lage versetzt, die Gründe zu erforschen, auf denen die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebes und somit der drohende Abbruch beruhen. Hat sie diese Gründe ermittelt, so hat sie den Unternehmer auf etwa in Betracht kommenden Hilfsmaßnahmen hinzuweisen, welche nötig wären, um einen uneingeschränkten Betrieb zu ermöglichen. Auf Wunsch des Unternehmers etc. hat die Behörde zwischen ihm und den in Betracht kommenden staatlichen Stellen wegen Hilfsmaßnahmen zu vermitteln. Diese Seite der behördlichen Tätigkeit ist heute so gut wie illusorisch, da die Planwirtschaft, die zur Zeit des Erlasses der Verordnung bestand, heute praktisch beseitigt ist, womit nicht gesagt sein soll, daß die Verordnung in diesem Punkte nicht gelegentlich wieder praktisch werden könnte. Heute fällt der Behörde vor allem die Aufgabe zu, nachzuprüfen, ob dem Abbruch volkswirtschaftliche Bedenken entgegenstehen oder nicht. Sie hat dagegen die Gründe, die der Unternehmer für den Abbruch ins Feld führt, abzuwägen. (Deshalb geschieht dem Unternehmer auch kein Unrecht, wenn gewerbliche Leistungsfähigkeit als technische interpretiert wird.) Stehen dem Abbruch volkswirtschaftliche Bedenken entgegen, so kann die Behörde (wenn Hilfsmaßnahmen nicht in Frage kommen oder ergebnislos verlaufen sind) die vom Abbruch betroffenen Gegenstände beschlagnahmen und zugunsten des Landesfiskus oder einer „anderen Person" gegen angemessene Entschädigung enteignen, wenn dadurch die ordnungsmäßige Führung der anderen Teile des Betriebes nicht beeinträchtigt wird, soweit eine Weiterführung derselben in Frage kommt (§ 4 Nr. 2, wo auch Einzelheiten über Entschädigung und Verfahren).

b) Betriebsstillegung ist die ganze oder teilweise Nichtbenutzung von Betriebsanlagen (§ 1 Nr. 2). § 1 Nr. 2 ist also, was das geschützte Objekt angeht, bedeutend enger gefaßt als § 1 Nr. 1. Die Nichtbenutzung von anderen betriebszugehörigen Sachen oder Rechten ist keine Stillegung im Sinne der Verordnung. Eine solche ist anzeigepflichtig, wenn durch sie eine bestimmte Anzahl Arbeiter zur Entlassung kommt. Die Anzeigepflicht besteht nicht, wenn infolge der Eigenart des Betriebes Unterbrechungen und Einschränkungen in der Betriebsführung erfolgen (§ 1 Nr. 2 S. 2). Bei sofortigen Stillegungen infolge unvorhersehbarer Ereignisse muß die Anzeige unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen, nachgeholt werden (§ 1 III). Die Anzeige begründet auch hier die bei den Abbrüchen geschilderte Aufklärungspflicht, deren Erfüllung auch hier durch eine, allerdings kürzere [(4 Wochen) § 1 II] und nicht verlängerbare, Sperrfrist ermöglicht wird. Eine endgültige Vereitelung der Stillegung gibt es nicht. Spätestens 4 Wochen nach der Anzeige kann

stillgelegt werden. Die Verordnung findet keine Anwendung auf Stillegungen, die lediglich als Mittel in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verwendet werden (§ 6 b).

Wie aus dem Vorgetragenen ersichtlich ist, bringt die Verordnung ganz erhebliche Einschränkungen der unternehmerischen Handlungsfreiheit. Grundsätzlich kann jeder Eigentümer mit seinen Gütern und Rechten verfahren wie er will, Gebäude kann er abbrechen, Maschinen verkaufen oder verschrotten, Rechte kann er übertragen usw. Hat er sie jedoch einmal einem Unternehmen eingegliedert, zu Bestandteilen dieser universitas gemacht, so muß er nunmehr auf deren Belange Rücksicht nehmen. Die Freiheit der Verfügung besteht dann nur noch insoweit, als ihre Betätigung die gewerbliche Leistungsfähigkeit der universitas nicht wesentlich verringert. Wenn das die Folge sein würde, so muß erst die Allgemeinheit in Gestalt der Demobilmachungsbehörde ihre Erlaubnis dazu geben. Hier handelt es sich wieder um ein Beispiel für eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit über Unternehmensbestandteile.

Durch § 1 Nr. 1 St.B.O. wird das Unternehmen natürlich nicht zur rechtlichen Einheit. Der Unternehmer kann die Unternehmensbestandteile nach wie vor veräußern. Er darf sie nur nicht ihrer ökonomischen Bestimmung entziehen. Verkauft er also eine Maschine, deren Entfernung aus dem Betrieb eine wesentliche Verringerung der gewerblichen Leistungsfähigkeit zur Folge haben würde, sorgt er aber dafür, daß sie dem Betriebe erhalten bleibt, etwa durch Ersatz der Uebergabe durch Besitzauftrag (§ 930 BGB.), so kommt die Verordnung nicht zur Anwendung. Nur wenn die ökonomische Einheit angetastet wird, will die Allgemeinheit gefragt sein. Die Verschiebungen im Vermögen des Unternehmers sind ihr in diesem Zusammenhang ganz gleichgültig. Wieder ein Beweis für die Kluft, die zwischen Vermögens- und Unternehmensbegriff gähnt!

Dagegen ist das Stillegungsverbot eine Einschränkung der unternehmerischen Macht über das Ganze, oder doch wenigstens über Teile desselben, die in sich selbst als ein Ganzes anzusehen sind (Betriebsanlagen!). Nicht einmal in der Frage, ob er überhaupt die universitas oder eine ihrer Ausgliederungen noch weiterhin benutzen will, ist der Unternehmer frei. Er darf nicht, ohne die Allgemeinheit zu fragen, ein Glied der Wirtschaft aus ihrem Produktionsprozeß ausschalten.

Der Sinn der beiden Verbote ist mithin die Verhinderung einer mißbräuchlichen Ausübung des „Eigentums am Betriebe" (Ausführungsanweisung des Reichswirtschaftsministers vom 8. Juli 1924).

Dabei ermöglicht die Verordnung letzten Endes aber doch keine Verhinderung der bezeichneten Mißbräuche. Sie bietet nur den problematischen Schutz der Enteignung im Falle des Abbruchs, der wohl ein Schutz der Produktions-

mittel, aber kaum noch des Unternehmens ist. „Das Verbot der beiden Handlungen läuft vielmehr nur auf eine Hemmung" (Göppert, S. 5) der unternehmerischen Handlungsfreiheit hinaus, wenn sie sich in Maßnahmen betätigen will, die „im Allgemeininteresse zu mißbilligen" (Göppert, a. a. O.) sind. Die ursprünglich beabsichtigte Einführung einer Betriebspflicht (Göppert, S. 3) ist unterblieben.

Ist auch der Grundgedanke der Verordnung zu begrüßen, „daß den Behörden die Möglichkeit gegeben sein soll, zur Vermeidung schwerer wirtschaftlicher und politischer Nachteile und zur Fernhaltung tiefgehender Beunruhigung der Arbeiterschaft, die tatsächliche Stillegungsursache aufzuklären und plötzliche Stillegungen zu verhindern, die sich als offenkundiger Mißbrauch des Eigentums am Betriebe darstellen würden", (Ausführungsanweisung des Reichswirtschaftsministers vom 8. 7. 1924) und die Verfügung über die im § 1 Nr. 1 genannten Betriebsmittel zu kontrollieren und sie eventl. für die Gesamtproduktion der Wirtschaft zu erhalten, so ist doch die Verwirklichung des Gedankens so unglücklich wie möglich ausgefallen. Abgesehen von der „Nachlässigkeit der Formulierung" (Göppert, Einleitung S. 13) und der mangelhaften Durchdenkung der Verordnung ist es besonders bedauerlich, daß sie den Unternehmer fast schutzlos den Verwaltungsbehörden ausliefert. Noch dazu, wo die Behörden im Benehmen auch mit der Betriebsvertretung und der amtlichen Berufsvertretung handeln sollen! Die Abneigung des Unternehmers gegen diese staatlich-gewerkschaftliche Einmischung ist wohl der wirksamste Schutz gegen Abbrüche und Stillegungen. Denn jeder Unternehmer wird angesichts dieser Einmischung nach Möglichkeit dafür sorgen, daß die Verordnung nicht angewandt zu werden braucht. In der Verordnung betreffend Betriebsabbrüche und Stillegungen hat sich der Staat sozusagen selbst als Teufel an die Wand gemalt.

Die Kritik, die Göppert (Einl. S. 14) an diesem Uebelstande übt, ist berechtigt, weshalb sie wörtlich wiedergegeben sei: „Die Verordnung ist zu einer Zeit entstanden, in der . . . eine mächtige polizeistaatliche Welle durch Deutschland ging (W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 92). Sie ist eines der ausgesprochensten Kinder dieser Zeit.

Mit einer nicht einmal besonders wichtigen Ausnahme gewährt sie dem Betriebsinhaber gegenüber den großen Befugnissen der Demobilmachungsbehörde keinerlei Rechtsschutz. Es steht ihm für die Wahrnehmung seiner Interessen gegenüber der Behörde nur das fragwürdige Mittel der formlosen Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung. Trotz der völligen Formlosigkeit des von der Verordnung vorgesehenen Enteignungsverfahrens gilt dies selbst für einen Enteignungsbeschluß. Dabei kann mit der Beschwerde nicht einmal die von der Demobilmachungsbehörde durch Zustellung des Enteignungsbeschlusses vollzogene Enteignung rückgängig gemacht werden. Ueberdies ist der Demobilmachungsbehörde völlige

Ermessensfreiheit eingeräumt. Für den Geist der Verordnung ist besonders bezeichnend, ihre erstaunliche Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen des Betriebsinhabers. Obwohl eine unterschiedslose Durchführung der Verordnung schlechthin unmöglich ist, vielmehr auch die Interessen des Betriebsinhabers gebieterisch Berücksichtigung verlangen, stellt sie trotzdem die Wahrung dieser Interessen ganz in das freie Ermessen einer politischen Behörde, ohne ihrerseits irgendwelche Richtlinien zu geben.

Damit ist die Handhabung der Verordnung in Abhängigkeit gebracht von der jeweils maßgebenden wirtschaftlichen und sozialpolitischen Richtung der Regierung. Ob und inwieweit diese Lage schon Folgen geäußert hat, entzieht sich der Feststellung. Die Möglichkeit besteht."

Auch den Ausführungen Göpperts a. a. O. S. 15 betreffs Auslegung der Verordnung wird weiteres nicht hinzuzufügen sein. „Es versteht sich, daß die im Vorstehenden angedeuteten Gesichtspunkte auch bei der Auslegung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Vor allem aber scheint es mir geboten zu sein, gegenüber dem polizeistaatlichen Wesen der Verordnung in den Grenzen des Möglichen die rechtsstaatlichen Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen."

---

3. § 29 preuß. Quellenschutzgesetz und § 24 preuß. Eisenbahngesetz.

(Vgl. über Quellenrecht und Unternehmensrecht oben B. I. 4.) Es mögen hier noch zwei Vorschriften erwähnt sein, die auf einen zweckmäßigen Betrieb im Hinblick auf die zu erzielende Leistung hindrängen. Als Leistungsquelle soll ja das Unternehmen vor allem geschützt werden. Einen Schutz des Unternehmens bedeutet es daher, wenn der Unternehmer an der Ausnutzung seines Rechts verhindert wird, wenn sie im Sinne des öffentlichen Interesses keine unternehmerische Leistung ist. Hier ist der § 29 preuß. Quellenschutzgesetz zu nennen. Danach findet das Enteignungsverfahren auf Grund dieses Gesetzes auch dann statt, wenn der Eigentümer etc. bei der Art der Unterhaltung und Benutzung der Quelle nicht den Bedürfnissen der öffentlichen Gesundheitspflege Rechnung trägt.

Nach § 24 preuß. Eisenbahngesetz von 1838 ist „die Gesellschaft verpflichtet, die Bahn nebst den Transportanstalten fortwährend in solchem Zustand zu erhalten, daß die Beförderung mit Sicherheit und auf die der Bestimmung des Unternehmens entsprechende Weise erfolgen könne", wozu sie im Verwaltungswege angehalten werden kann. Entspricht die Bahn nicht diesen Bedingungen, so kann sie mit den Transportmitteln und allem Zubehör für Rechnung der Gesellschaft öffentlich versteigert werden (§ 47). Schon hier hat also das Gesetz den Grundsatz der Allgemeinverantwortlichkeit des Unternehmers aufgestellt.

4. §§ 28 und 30 und nochmals § 29 preuß. Quellenschutzgesetz.

Aus dem Quellenschutzgesetz gehören ferner die §§ 28 und 30 hierhin, wonach die Quelle gegenüber dem Eigentümer, bezw. zeitlich unbegrenzt Nutzungsberechtigten, bei Arbeiten geschützt wird, welche die Veränderung einer gemeinnützigen Quelle oder ihrer Fassung betreffen. Auch sie bedürfen der Genehmigung des Oberbergamtes und des Regierungspräsidenten.

Auch müssen gemeinnützige Quellen so benutzt werden, daß ihr Bestand oder Mineralgehalt nicht gefährdet wird (§ 29). Geschieht das nicht, so können „die dem Quelleneigentümer gehörigen Grundstücke nebst Zubehör, soweit sie zur zweckentsprechenden Ausnützung der Quelle erforderlich sind, zugunsten eines Unternehmers, der für die Erhaltung und ordnungsmäßige Benutzung der Quelle die erforderliche Sicherheit gewährt, enteignet werden". (§ 29 I.)

Interessant ist, daß nicht schlechthin zugunsten einer anderen Person, sondern zugunsten eines Unternehmers enteignet wird, ein Zeichen dafür, wie sehr das Quellenrecht Unternehmensrecht ist, obwohl es auf das Quelleneigentum als solches gemünzt ist. Das Gesagte gilt auch für den zeitlich unbegrenzt Nutzungsberechtigten derart, daß das Nutzungsrecht enteignet werden kann, es sei denn, daß es mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist (§ 30 I S. 2).

In diesen Vorschriften liegt ein Schutz des Unternehmens insofern, als der Unternehmer rechtlich nicht in der Lage ist, sein wichtigstes Betriebsmittel durch mißbräuchliche Benutzung zu entwerten. Andererseits liegt darin eine Beschränkung der Unternehmungsfreiheit als solcher: Auf einer Quelle können nur solche Unternehmen aufgebaut sein, die ihren Bestand und ihren Mineralgehalt nicht gefährden. Alle anderen sind ausgeschlossen. Es handelt sich also gleichzeitig um eine Beschränkung der Gewerbefreiheit.

Kommt es zur Enteignung, so kommt es ganz darauf an, was von den bisherigen Betriebsmitteln auf den Erwerber übergeht, wenn von einem Schutz des Unternehmens die Rede sein soll. Je ausschließlicher der Unternehmensbetrieb sich in der Ausnutzung der Quelle erschöpft, umso eher wird man von einem Unternehmensschutz sprechen können. Denn dann werden dem Unternehmen nur solche Grundstücke samt Zubehör gewidmet sein, die zu der Ausnutzung der Quelle erforderlich sind. Nur diese werden ja enteignet, so daß mit der Uebereignung das Unternehmen in seinem wirtschaftlichen Bestande kaum berührt werden kann. Anders, wenn das Unternehmen noch andere als die Quelle ausnutzende Betriebe umfaßt, etwa chemische Versuchsanstalten oder Flaschenfabriken. In diesem Falle wird das Unternehmen durch die Herausreißung des immerhin wichtigsten Betriebsmittels, der Quelle, zertrümmert, wenn die Zusam-

mengehörigkeit der Betriebe nicht durch Verträge mit dem Quelleneigentümer aufrechterhalten wird.

Auf alle Fälle handelt es sich hier um einen Schutz des Unternehmens im Sinne einer Erhaltung von Betriebsmitteln schlechthin im Hinblick auf die Möglichkeit einer Verwendung derselben in Unternehmensbetrieben überhaupt.

Der Unternehmensschutz nach dem Quellenschutzgesetz tritt auch dann ein, wenn der Quelleneigentümer etc. seine Quelle dadurch gefährdet, daß er von den ihm durch das Gesetz an die Hand gegebenen Schutzmöglichkeiten keinen Gebrauch macht. Halten nämlich Oberbergamt und Regierungspräsident die Feststellung eines Schutzbezirks oder ein Einschreiten gegen die Quelle gefährdende Arbeiten für notwendig, so können sie dem Quelleneigentümer etc. eine Frist setzen, binnen der er den diesbezüglichen Antrag zu stellen hat. Unterläßt er das, so kann das Enteignungsverfahren eingeleitet werden (§ 29 II). Diese Bestimmung kann für den Quelleneigentümer etc. sehr hart sein. Denn der Wohltat des Gesetzes steht eine lästige Pflicht gegenüber: Den durch Schutzmaßnahmen Geschädigten zu entschädigen. (§§ 19—27). Darauf wird aber keine Rücksicht genommen. Eigentum verpflichtete, wie man sieht, bereits vor Inkrafttreten der Reichsverfassung!

---

5. § 65 preuß. Berggesetz.

Eine Betriebspflicht besteht für den Bergwerksunternehmer nach § 65 preuß. Berggesetz, aber kein Betriebszwang derart, daß das Bergwerk gegen den Willen des Unternehmers in Gang gehalten werden könnte. Zwar kann während des eventl. einsetzenden Entziehungsverfahrens Zwangsversteigerung des Bergwerks beantragt werden. Geschieht das nicht, oder führt sie zu keinem Erfolg, so wird die Entziehung des Bergwerkseigentums ausgesprochen. Es ist klar, daß unter dem Gesichtspunkt des Unternehmensschutzes alles darauf ankommt, daß die Zwangsversteigerung beantragt wird und zum Ziele führt. Das Ziel ist der Weiterbetrieb des Bergwerks. Dieses Ziel wird aber durch das geltende Verfahren schwer erreicht. Das stellte sich bei hier nicht weiter zu erörternden Umständen im Jahre 1905 heraus. Um den Mängeln abzuhelfen, brachte die preuß. Regierung einen Entwurf auf Abänderung des Verfahrens ein. Aus der Begründung sei folgendes wiedergegeben:

„Die Hauptmängel des geltenden Verfahrens sind die folgenden:

1. Das Verfahren ist zu zeitraubend, um einen wirksamen Schutz der öffentlichen Interessen als gesichert erscheinen zu lassen. Zudem ist das Stilliegen des Werks während dieses Verfahrens in der Regel mit einer derartigen Wertminderung verbunden, daß ein günstiges Ergebnis der Zwangsversteigerung und ein erfolgreicher Weiterbetrieb kaum zu erwarten ist.

2. Das Verfahren hat gegen Dritte keinerlei Wirkung. Der Verkauf des Bergwerks an einen anderen macht also die Einleitung eines neuen Verfahrens nötig.

3. Der Behörde steht ein Einfluß auf die Einleitung der Zwangsversteigerung nicht zu. Wird diese von dem Bergwerkseigentümer selbst oder einem der Realgläubiger nicht beantragt, so bleibt nur möglich, das Bergwerkseigentum aufzuheben. Durch letztere Maßnahme wird indessen das öffentliche Interesse nicht befriedigt.

4. Der Erwerber in der Zwangsversteigerung ist nicht genötigt, den Betrieb des Bergwerks sofort aufzunehmen, vielmehr muß ihm gegenüber wiederum ein neues Verfahren von vorn eingeleitet und durchgeführt werden."

Der Entwurf wollte eine Instandhaltungspflicht des Bergwerkseigentümers einführen, derart, daß die Wiederaufnahme des Betriebes in einem dem öffentlichen Interesse entsprechenden Umfange jederzeit ausführbar wäre. (§ 65 a.) Ferner sollte sich der Eigentümer, wenn das Verfahren auf Entziehung des Bergwerkseigentums eingeleitet war, den Zwangsbetrieb des Bergwerks gefallen lassen müssen. (§ 65 c—o.) Gegenüber dem Rechtsnachfolger des Eigentümers sollten alle getroffenen Maßnahmen wirksam bleiben (§ 65 p des Entwurfes und § 27 b des Entwurfes zur Abänderung einiger Bestimmungen des Ausführungsgesetzes zum Zwangsversteigerungsgesetz). Das Oberbergamt sollte neben den in § 59 genannten Personen das Recht haben, die Zwangsversteigerung des Bergwerks zu beantragen (§ 159 S. 2 des Entwurfes). Der Bergwerkseigentümer sollte sich durch Verzicht auf das Bergwerk nicht von seinen Verpflichtungen lösen können (§ 161 II des Entwurfes). Der Entwurf ist nicht Gesetz geworden. Er wurde aber hier kurz mitgeteilt wegen der in der Begründung aufgeführten Mängel des preuß. Berggesetzes und des durch den Entwurf beabsichtigten tiefen Eingriffes in die Unternehmerfreiheit (Instandhaltungspflicht und staatliche Beteiligung an der Ausübung des „Rechts am Unternehmen". [Zwangsbetrieb]. Er scheiterte übrigens im wesentlichen an der Unmöglichkeit der Finanzierung der Instandhaltung.

---

6. § 21 preuß. Eisenbahngesetz.

In einem Fall wird das Unternehmen sogar schon vor der Vollendung geschützt. Beim Bau einer Eisenbahn wird behördlicherseits auf regelmäßige Weiterführung und Vollendung des Baues gedrungen. Wird der Bau nicht rechtzeitig vollendet, so kann die ganze „Anlage, so wie sie liegt, für Rechnung der Gesellschaft unter der Bedingung zur öffentlichen Versteigerung gebracht werden, daß dieselbe von den Ankäufern ausgeführt werde" (§ 21 preuß. Eisenbahngesetz).

III. Schutz der Organisation.

1. Schutz gegen Auflösung.

Wie gesagt, besteht der besondere Wert des Unternehmens nicht in dem Wert seiner Teile, sondern es hat als Einheit seinen Eigenwert. Zu der Organisation dieser Einheit gehört vor allem die Rechtsform, unter der das Unternehmen betrieben wird.

(Zum folgenden vergleiche fortlaufend: Karl Lehmann, Schutz und Erhaltung etc.; Müller-Erzbach, Erhaltung etc. und Der Schutz der Unternehmerarbeit; Alexander Katz, die Erhaltung etc.)

Es bedeutet daher einen Schutz des Unternehmens, wenn es ermöglicht wird, daß die Rechtsform beim Eintreten von Umständen, welche eigentlich ihre Auflösung zur Folge haben müßten, aufrechterhalten oder die bereits eingetretene Wirkung von Auflösungsgründen wieder behoben wird.

Beispiele für den ersten Fall sind die §§ 736 BGB. und 138 HGB., nach denen im Gesellschaftsvertrag die Auflösungsgründe der Kündigung, des Todes und des Konkurses eines Gesellschafters ausgeschlossen werden können, § 141 HGB., wonach bei Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters nach § 135 HGB. und im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger bezw. Konkursverwalter die Fortsetzung erklären können, wobei der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft ausscheidet.

Die mecklenburg-schwerinsche Ausführungsverordnung zum HGB. vom 9. 4. 1899 (§§ 11—20) verleiht für den Fall, daß die Mehrheit die Auflösung der Reederei oder die Veräußerung des Schiffes beschließt, der Minderheit ein sog. „Setzungsrecht". Sie kann nämlich im besagten Fall die Mehrheit vor die Wahl stellen, entweder das Schiff zu übernehmen oder aber es der Minderheit zu überlassen. Behält die Mehrheit das Schiff, so hat sie die Parte der Minderheit zu einem Preise zu übernehmen, der sich nach dem Preise des Schiffes bemißt, zu dem es die Minderheit veranschlagt hat. Diese Veranschlagung in der genannten Absicht nennt man Setzung. Umgekehrt hat die Minderheit, wenn die Mehrheit die Uebernahme des Schiffes ablehnt, die Parte der Mehrheit mit derselben Wertberechnungsgrundlage zu übernehmen. Wenn die Mehrheit ihre Parte abtritt, so spricht die Verordnung von „Geben", andernfalls von „Nehmen". Im Falle des Gebens müssen die gesamten Parte der Reeder,

welche für den Mehrheitsbeschluß gestimmt haben, gegeben werden, mit Ausnahme der Parte derjenigen, welche von dem Mehrheitsbeschluß zurücktreten oder als von demselben zurücktretend angesehen werden". (§ 17). Von dem Mehrheitsbeschluß zurücktretend werden angesehen diejenigen Reeder, die innerhalb der Frist von einer Woche „überhaupt nicht oder undeutlich oder ungenügend" zu der Setzungserklärung dem Korrespondentreeder gegenüber Stellung nehmen.

Gehen die Meinungen der Mehrheit darüber auseinander, ob gegeben oder genommen werden soll, so wird innerhalb der Mehrheit nicht durch Abstimmung entschieden. Das Unternehmen der Reederei kann vielmehr von denjenigen aufrechterhalten werden, „welche die ganze Part des oder der Setzenden für ihre eigene Rechnung übernehmen wollen". Dies trifft jedoch nicht zu, wenn die Parte derjenigen, welche geben oder von dem Mehrheitsbeschluß zurücktreten wollen, zusammen mit den Parten des oder der Setzenden die Hälfte der Parte der Reeder, die an dem Mehrheitsbeschluß teilgenommen haben, erreichen. „In diesem Falle müssen die Reeder, welche die Part des oder der Setzenden für ihre alleinige Rechnung nehmen wollen, entweder auch noch die Parte der gebenwollenden Reeder zum Setzungspreise nehmen oder ebenfalls ihre Parte geben oder von dem Mehrheitsbeschluß zurücktreten". Diese Annahme erklärt sich dadurch, daß das Recht, die Parte der Setzenden zu nehmen, auf der Zugehörigkeit zu einer Mehrheit beruht. Diese Mehrheit ist partmäßig in dem Ausnahmefall aber nicht mehr vorhanden.

Auf die Vorteile, welche das Institut bietet, hat Müller-Erzbach in seiner Schrift über die Erhaltung des Unternehmens in treffenden Worten hingewiesen (Z.f.H. Bd. 61, S 380, 381). Er sagt dort: „Entweder wird die Mehrheit, die den Mut verloren hat, oder aus anderen Gründen den Fortbestand des Unternehmens nicht will, hinausgedrängt und überläßt der optimistisch gesinnten und opferbereiten Minderheit das Feld. Dies wird dann der Fall sein, wenn die Minderheit das Unternehmen noch für so chancenreich hält, daß sie der Mehrheit einen guten Preis setzen kann. Die Minderheit bekommt dann allein das Heft in die Hände, und wenn aus dem Unternehmen noch etwas zu machen ist, so wird es sich jetzt zeigen, nachdem aller innerer Zwiespalt beseitigt ist und nachdem diejenigen entfernt sind, die nicht opferwillig und wagemutig sind. Es kann also nicht besser für die Erhaltung des Unternehmens gesorgt werden, als es hier in einem äußerst schwierigen, oft verzweifelten Fall geschieht." („Aber auch die andere Eventualität bedeutet wenigstens eine glückliche Lösung des Interessenkonfliktes. Ist nämlich die Mehrheit bereit, das Unternehmen zu dem veranschlagten Preise von der Minorität zu übernehmen, so wird diese ganz ihrer eigenen Schätzung entsprechend in Geld abgefunden, also vollständig befriedigt, und es wird ein schwieriger, selten oder richtiger

linie zu einem guten Ende führender Auseinandersetzungsprozeß vermieden.")

Besser kann tatsächlich kaum dem Unternehmergeist der nötige Spielraum gesichert und gleichzeitig das Interesse aller Beteiligten gewahrt werden. Es ist allerdings zu bedauern, daß „eine so fein den Lebensbedürfnissen abgelauschte Erfindung, wie das Setzungsrecht, sich nur rein lokale Geltung errungen hat". Ob aber eine so ganz auf die verhältnismäßig einfachen Verhältnisse der Reederei zugeschnittene Institution überhaupt für andere Unternehmensformen brauchbar ist, und auf sie übertragen werden sollte, wie Müller-Erzbach es wünscht, ist zu bezweifeln. Wie mit dem Gedanken des Setzungsrechts der Trustgefahr beizukommen ist, unterläßt Müller-Erzbach leider auszuführen.

Als Vorschriften, welche die bereits eingetretene Wirkung von Auflösungsgründen wieder ausräumen, kommen die §§ 144, 307 II HGB. in Betracht, wonach bei Aufhebung des Konkurses nach abgeschlossenem Zwangsvergleich oder Einstellung auf Antrag eines Gemeinschuldners die alte Gesellschaft fortgesetzt werden kann, sowie § 307 I HGB., der die Fortsetzung einer aufgelösten A.-G. ermöglicht, wenn die beabsichtigte Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder ihre Umwandlung in eine andere Gesellschaft nicht gelungen ist.

Einem leichtfertigen Hantieren mit der Unternehmensform beugen diejenigen Bestimmungen vor, welche für Auflösungsbeschlüsse eine qualifizierte Mehrheit verlangen (§§ 292, 330 HGB.; § 78 Genossenschaftsgesetz, nicht auch § 60 Nr. 2 G. m. b. H.-Gesetz, da die Auflösung vertraglich erleichtert werden kann).

---

2. Schutz bei Umwandlung und Unternehmensübertragung.

Soll die Form des Unternehmens geändert werden, so muß regelmäßig die alte Form aufgelöst werden. Dann tritt aber Liquidation ein. Ist die Zertrümmerung des Unternehmens in solchen Fällen auch nur eine juristische und auch diese nur eine vorübergehende, so ist die Formänderung doch ein sehr beschwerlicher und störender, vor allem auch kostspieliger Vorgang. Wünschenswert ist daher, daß die Liquidation vermieden wird. Das Gesetz ermöglicht das in einigen Fällen in Befolgung von drei Prinzipien: Aufrechterhaltung der Identität der Rechtspersönlichkeit, Gesamtrechtsnachfolge, und Akkreszenz (Karl Lehmann). Von Aufrechterhaltung der Identität der Rechtspersönlichkeit spricht man dann, wenn die Umwandlung des Zusammenschlusses nur als eine Abwandlung derselben Form erscheint. Der alte und der neue Zusammenschluß sind dann nur Abwandlungen desselben Gesellschaftstypus. Um solche Abwandlungen handelt es sich bei Ueberführung einer o. H. G. in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt (§ 139, § 162 HGB.).

Die Aenderung der Form ist hier nur eine Verfassungsänderung innerhalb derselben Personalhandelsgesellschaft. Hier handelt es sich um Ausnahmen von dem von Schönfeld S. 225 aufgestellten Grundsatz, daß die Form der Gesellschaft nach positivem Recht zu ihrem Wesen gehöre, die beweisen, daß es tatsächlich anders sein kann, wie er andeutet. Richtiger spräche man hier allerdings von einer Aufrechterhaltung der Identität des Rechtssubjekts, da weder die o. H. G. noch die Kommanditgesellschaft Personen im Rechtssinne sind.

Was die Kapitalgesellschaften angeht, so steht das Gesetz nicht auf dem Standpunkt, daß sie nur Abwandlungen eines einheitlichen Gesellschaftstypus, oder genauer Vereinstypus, „Kapitalgesellschaft" seien. Uneingeschränkt erkennt es nur den Typus „eingetragene Genossenschaft" als Oberform der Genossenschaftsarten an. Ueberführung einer Art in die andere ist auch hier nur eine Verfassungsänderung, wobei allerdings die Formalitäten verschieden sind, je nachdem die Abwandlung für die Gläubiger günstig ist oder nicht (§§ 143—145 Gen. Ges.). Für A.-G. und A.-G. Komm. wird ein einheitlicher Typus schon nur mit Einschränkung anerkannt; denn wohl kann eine A.-G. Komm. im Wege bloßer Satzungsänderung in eine A.-G. überführt werden, nicht aber umgekehrt (§§ 332 ff. HGB.).

Dasselbe gilt nach dem österreichischen G. m. b. H.-Ges. (§§ 93 ff.) für die Umwandlung einer A.-G. in eine G. m. b. H.

Nach dem deutschen G. m. b. H.-Ges. (§§ 80, 81) liegt in diesem Falle bereits eine echte Umwandlung vor. Eine Erleichterung derselben liegt aber darin, daß das Vermögen der A.-G. auf die G. m. b. H. mit der Eintragung derselben von Rechts wegen übergeht, die Liquidation also auch hier vermieden wird. (Gesamtrechtsnachfolge). In allen anderen Fällen der Umwandlung von Kapitalgesellschaften bestehen keine Erleichterungen. Es muß also liquidiert werden.

Der Gedanke der Akkreszenz kommt zur Anwendung bei der Umwandlung der o. H. G. in ein einzelkaufmännisches Geschäft im Falle des § 142 HGB.; § 738 BGB. wird auf Grund von § 142 III HGB. vom R.G. für analog anwendbar erklärt (R.G. 68, 327 ff.). § 142 III HGB. wird vom R.G. analog auf den Fall angewandt, daß ein Gesellschafter auf Grund seines Vertrages das Geschäft einer Zweimännergesellschaft übernimmt. Sind mehr als zwei Gesellschafter vorhanden und übernimmt einer von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven, so soll allerdings keine Anwachsung eintreten. Und doch beruft sich das R.G. bei der analogen Anwendung des § 142 III. HGB. im vorhergehenden Falle gegenüber dem Einwand, er sei eine Ausnahmevorschrift und daher analoger Anwendung nicht zugänglich, ausdrücklich darauf, daß er nicht an das Vorliegen eines Urteils, sondern an die Tatsache anknüpfe, daß hier wie in den anderen Auseinandersetzungsfällen ein Vermögen mit Aktiven und

Passiven übernommen werde, daß man also nur einen allgemeinen Rechtsgedanken anwende, wenn man § 142 III HGB. heranziehe! In der Tat wird man sich auch in diesem Falle — daß ein Gesellschafter das Geschäft einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft mit Aktiven und Passiven übernimmt — für Anwachsung zu entscheiden haben, eben weil es sich um Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes handelt (vgl. Düringer-Hachenburg, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. Bd. IV Anm. 282, 283).

Der Gedanke der Gesamtrechtsnachfolge findet sich wieder bei der Verstaatlichung, bezw. Kommunalisierung einer A.-G. und in den Fällen der Fusion — vorausgesetzt, daß die Liquidation ausdrücklich ausgeschlossen wird. Hier handelt es sich nicht mehr um die Umwandlung einer Unternehmensform, sondern um das Aufgehen eines Unternehmens in einem anderen oder in einer öffentlichen Körperschaft. Da aber das Vermögen, so wie es ist, als Ganzes übergeht, bleibt in der Organisation eines großen Teiles der Betriebsmittel alles beim Alten. Der Betrieb kann in der neuen Hand sofort wieder aufgenommen werden. Bei Verstaatlichung, bezw. Kommunalisierung, wird dann das Unternehmen ein öffentliches, womit es aus dem Kreis dieser Erörterungen ausscheidet. Bei der Fusion ist das übernommene Objekt jedenfalls insoweit schutzwürdig, als es Leistungsquelle und Arbeitsstätte ist. Aber auch als Betätigungsfeld unternehmerischen Geistes kommt es nach der Uebernahme noch in Betracht, weil es ein bereits bestehendes Betätigungsfeld vergrößert.

Gefahren können für das Unternehmen entstehen, wenn sein Inhaber wechselt. Denn einen Uebergang des Unternehmens uno actu derart, daß eine andere Person einfach in die Position des Unternehmers eintritt, gibt es grundsätzlich nicht. Dagegen findet sich immerhin eine teilweise Universalsukzession. Beim Erwerbe eines Bahn- oder Bergwerksunternehmens gehen sehr vielgestaltige Rechte auf den Erwerber über. Ein Fall des Rechtserwerbes von Gesetzes wegen findet sich im § 81 preuß. Wassergesetz. Verliehene Rechte stehen danach dem jeweiligen Unternehmer zu. Weiter sei hier nochmals an die Möglichkeiten erinnert, welche die Ausnutzung des Zubehörrechts bietet.

Einen Schutz des Unternehmens bedeutet ferner die oben bereits erwähnte Tatsache, daß Firma und Warenzeichen mit dem Geschäft veräußert werden können. Allerdings besteht kein Zwang zur Uebertragung. Das ist dem Unternehmer ja auch nicht zuzumuten. Wenn er Firma und Warenzeichen weiter benutzen will, so behält er ja nur etwas, was ihm ursprünglich gehört. Andererseits aber nimmt er auch etwas aus seinem alten Unternehmen mit, er liefert dies in teilweise zertrümmertem Zustande ab. Es ist daher immerhin eine sehr bedeutsame Rücksichtnahme auf die Be-

lange des Unternehmens, daß der Unternehmer nicht zu dieser Zertrümmerung gezwungen ist.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhange auch § 25 HGB. Wenn der frühere Inhaber oder dessen Erbe die Fortführung der Firma erlaubt, so tritt der Erwerber in die Gläubigerstellung des früheren Inhabers ein, wenigstens nach außen. Auch haftet er, wenn er die Firma fortführt, für die Schulden des früheren Inhabers. Entsprechendes gilt nach § 27 HGB. für den Erben, der das Geschäft fortführt. Beide Vorschriften sind für das Unternehmen von Vorteil, vorausgesetzt, daß die Schulden nicht unverhältnismäßig hoch sind: Sie dienen beide der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen. Bei diesen Bestimmungen hat es aber auch sein Bewenden. Daß ein Wechsel der Unternehmerposition nicht uno actu möglich ist, ist vielfach bedauert worden. Forderungen nach dieser Richtung können nur unterstützt werden.

IV. Schutz der unternehmerischen Betätigung als solcher.

1. Unternehmensschutz und unlauterer Wettbewerb.

Es muß zum Schluß noch auf Schutznormen hingewiesen werden, die nur in einem weiteren Sinne als Unternehmensschutz angesehen werden können und mit dem Schutz des Unternehmens als universitas facti nichts mehr zu tun haben. Es handelt sich um den Schutz der gewerblichen Betätigung als solcher. Diese Studie hat es ja nicht mit dem Unternehmen schlechthin, sondern mit dem privaten wirtschaftlichen Unternehmen zu tun. Der Schutz des freien Wirtschaftens gehört daher mit in den Kreis der Betrachtung. Es genügen hier aber kurze Hinweise, da sich Einzelheiten in Lehrbüchern und Kommentaren zu den einzelnen Rechtsgebieten zur Genüge finden und hier keine Wiederholungen gegeben werden sollen. Der Abschnitt IV steht hier nur der Vollständigkeit halber. Auch er beweist aber, daß Unternehmerschutz und Unternehmensschutz nicht identisch sind. Der Unternehmerschutz gehört dazu, aber er ist nicht alles und nicht einmal das Wesentliche.

Hierhin gehören vor allem die Bestimmungen des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909. Wie schon gleich der Generalparagraph § 1 des Gesetzes deutlich zum Ausdruck bringt, handelt es sich bei diesen Bestimmungen im allgemeinen um etwas anderes als einem individuellen Unternehmensschutz wie bei dem bisher Vorgebrachten. Wenn der bisher dargestellte Unternehmensschutz der Erhaltung des Unternehmens in seinem sichtbaren Bestande galt, sei es ganz allgemein, wie in § 823 I BGB., sei es seinen einzelnen Bestandteilen, so gilt der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, wie schon der Name sagt, den guten Sitten im Geschäftsverkehr, der gesunden Luft, in der das Unternehmen atmet. Dieser Schutz wirkt sich schließlich auch als Schutz des einzelnen Unternehmens aus. „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen", (§ 1 U.W.G.), kann das Unternehmen unter Umständen schwerer schädigen als etwa, wer dingliche Ansprüche an einem zum Unternehmen gehörigen Gegenstande geltend macht, auch wenn die Betriebsfähigkeit des Unternehmens darunter leidet.

---

2. §§ 8, 9 Kartellverordnung.

Nach oben gegebener Definition des Unternehmens gehört zu seinen wesentlichen Merkmalen die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmers. Ist diese bedroht, so ist es auch das Unternehmen. Schutz gegen diese Bedrohung ist also Unternehmensschutz.

Einen derartigen Schutz bringt die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. 11. 1923. Der Schutz gilt hier „der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit" des Unternehmers. Er besteht einmal darin, daß es immer als wichtiger Grund zur Kündigung von „Verträgen und Beschlüssen, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten" (§ 1 der Verordnung), anzusehen ist, „wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbesondere bei der Erzeugung, dem Absatz oder der Preisgestaltung, unbillig eingeschränkt wird" (§ 8 II VO.). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, „entscheidet im Streitfalle das Kartellgericht auf Antrag eines Beteiligten" (§ 8 III V.O.). Ferner besteht ein Schutz des Unternehmens im obigen Sinne darin, daß der Vorsitzende des Kartellgerichts die Einwilligung zur Verwertung von „Sperren und Verhängung von Nachteilen von ähnlicher Bedeutung" (§ 9 I V.O.) nicht erteilen darf, wenn dadurch u. a. „die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig eingeschränkt würde" (§ 9 II VO.).

---

3. Schutz der Aktiengesellschaft gegen Ueberfremdung.

Wenn auch der Jurist gezwungen ist, die A.-G. als solche als Unternehmer anzusehen, so ist doch wirtschaftlich, also tatsächlich, derjenige der Unternehmer, der den maßgeblichen Einfluß auf die Willensbildung des Vereins hat. Infolge der großen Negoziabilität der Aktie, auf deren Besitz jener Einfluß beruht, ist es grundsätzlich jedem Kapitalisten möglich, sich durch Erwerb der ausschlaggebenden Aktienmehrheit zum Herren einer A.-G. zu machen. Es ist deshalb geradezu ein typischer Zug der modernen kapitalistischen Wirtschaft, daß dem Konkurrenzkampf der Unternehmen unter sich ein Kampf der Unternehmer und Kapitalisten um die unternehmerische Position im Unternehmen parallel geht. Es ist im Interesse der Allgemeinheit nicht zu begrüßen, daß der Konkurrenzkampf auch durch „Kontrolle" geführt wird. Denn die Konkurrenz zwingt zur Verbesserung der Leistung. Die Unternehmenskontrolle zur Ausschaltung der Konkurrenz ist mithin nicht im Interesse der Unternehmensleistung.

Neben dieser „inneren" Ueberfremdungsgefahr ist die äußere von noch größerer Bedeutung. Die äußere Ueberfremdung bedeutet schließlich das Einspannen der nationalen Wirtschaft in eine fremde, so daß erstere arbeitet und letztere ver-

dient. Gegen jede Art der Ueberfremdung der A.-G. ist ein unmittelbarer gesetzlicher Schutz kaum möglich. Die A.-G. arbeitet mit Geld, das sie sich auf dem freien Markt zu suchen pflegt. Eine Schließung des Marktes gegenüber dem Ausland könnte ein Danaergeschenk sein, und wäre es in einer von dem ausländischen Kapital so abhängigen Wirtschaft wie der deutschen bestimmt. Gegen die innere Ueberfremdung versagt das Mittel der Schließung des Marktes schon gänzlich; denn es würde hier dazu führen müssen, die unentbehrliche Rechtsform der A.-G. überhaupt aus der Wirtschaft, wenn nicht zu streichen, so doch auf Zusammenschlüsse mit geringer Personenbeteiligung zu beschränken, bei denen die Unternehmer alle Aktien selbst übernehmen und sich nicht an den Kapitalmarkt zu wenden brauchen, in welchen Fällen die Form der G. m. b. H. ja aber viel angebrachter wäre.

Aufgabe des Unternehmensschutzrechts kann es also nur sein, den Unternehmern geeignete Mittel der Verteidigung an die Hand zu geben, und ihnen die Bekämpfung der Ueberfremdungsgefahr selbst zu überlassen. Die Unternehmer haben ein solches Mittel bereits in der mehrstimmigen Vorzugsaktie gefunden. So umkämpft gerade diese Erfindung ist (vgl. Horrwitz; Müller-Erzbach, Entartung usw.; Schmulewitz), so scheint sie doch das geeignete Mittel zu sein, der Ueberfremdungsgefahr zu begegnen. Das Problem ist dabei nur, wie der Charakter des Instituts als Abwehrmittel gegen Ueberfremdung gesichert und die Gefahr einer Kränkung der Rechte der mehrstimmigen Vorzugsaktien nicht besitzenden Aktionäre durch seine Anwendung gesetzlich ausgeschlossen werden kann. In Frankreich bildet dieses Problem den Kern der Aktienrechtsreformbewegung (siehe Haußmann S. 67 ff.), deren Ergebnis für die eventl. deutsche Reform deshalb von großem Interesse ist.

---

4. Schutz der Gesellschaften gegen ihre Mitglieder.

Sobald der unternehmerische Wille durch eine Vielheit gebildet wird, besteht die Gefahr, daß nicht alle sich den Belangen des Unternehmens einfügen. Es seien daher einige Beispiele aufgezählt, wo das Recht Handhaben gibt, die Aktionsfähigkeit des Zusammenschlusses zu sichern.

Ein Gesellschafter, der für die Zwecke der Gesellschaft untauglich ist, sei es, weil er seine Verpflichtungen nicht erfüllen will, oder weil er sie fahrlässig oder aus anderen Umständen tatsächlich nicht erfüllt, muß aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können. Das ist möglich nach § 737 BGB., vorausgesetzt, daß die Kündigung als Auflösungsgrund im Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen ist; ebenso nach § 140 HGB., nur daß hier jene vertragliche Voraussetzung entbehrt werden kann, da die o. H. G. die Form für ein auf lange Sicht berechnetes, enges Lebensverhältnis zu sein pflegt.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch § 68 Gen.-Ges.; sodann § 219 HGB., wonach ein mit der Einzahlung auf die Aktie säumiger Gesellschafter mit seinem Mitgliedschaftsrecht ausgeschlossen werden kann, und schließlich der dementsprechende § 21 G. m. b. H.-Ges. Außerdem gehört hierhin die Bestimmung des § 275 II HGB., wonach für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens die qualifizierte Mehrheit des § 275 I HGB. verlangt wird.

C. Schlußkapitel.

Bisher wurde, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, ausgeführt, daß das Unternehmen eine funktionelle Einheit von Sachen, Rechten und Verhältnissen sei, ein Betrieb, der durch Bedürfnisbefriedigung mit der Wirtschaft verknüpft ist. Diese Behauptung gründete sich auf die Beobachtung der wirtschaftlichen Wirklichkeit, weshalb jener Teil der Ausführungen einen beschreibenden Charakter hat. Es folgte dann ein Hinweis auf die wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung des Unternehmens. Sodann wurde die Auffassung abgelehnt, daß das Unternehmen sich unter eine Rechtsform des positiven Rechts, insbesondere unter den Vermögensbegriff subsumieren lasse. Es wurde die Behauptung aufgestellt, daß es eine rein ökonomische Erscheinung sei, der in der Formenwelt des Rechts nichts entspräche. Wenn trotzdem das Unternehmen rechtlichen Schutz genieße, so sei das lediglich so zu erklären, daß die ökonomische Einheit des Unternehmens sich an den verschiedenen Stellen des Rechtsgebietes bei der Ausgestaltung der Rechtsinstitute bemerkbar mache, derart, daß diese der Existenz jener Einheit Rechnung trügen. In dieser relativen Anerkennung der Einheit des Unternehmens, wurde behauptet, läge das Charakteristische des Unternehmensrechts, und des Unternehmensschutzrechts im besonderen. Es wurde dann der Begriff der universitas facti, so wie er von Birkmeyer vertreten worden ist, zur Bezeichnung dieser Erscheinung herangezogen. Der besondere Teil brachte dann eine Darstellung des positiven Unternehmensschutzrechts. Dieser Teil dürfte die Richtigkeit der allgemeinen Ausführungen dartun. Es wurde gezeigt, wie das Recht der Tatsache der funktionellen Zusammengehörigkeit der Unternehmensbestandteile Rechnung trägt, indem es eine Uebertragung von Firma und Warenzeichen mit dem Unternehmen ausnahmsweise zuläßt, wie die Zwangsvollstreckung, wegen der Zugehörigkeit des Objekts zu einem Unternehmen als unzulässig erklärt wird, wie über den Zubehörbegriff die soeben erwähnte Zusammengehörigkeit Eingang in das Sachenrecht und besonders wieder in das Vollstreckungsrecht findet, wie das Eigentum Beschränkungen erleidet (§ 26 Gew.O., § 5 bezw. Art. 5 der Bahneinheitsgesetze, § 1 Nr. 1 Stillegungsverordnung usw.), wie dann sogar das Recht vereinzelt dazu übergeht, die Einheit unmittelbar anzuerkennen (§ 823 I BGB.), wie es sogar versucht, in einem Spezialfall die funktionelle Einheit des Unternehmens rechtlich zu formen.

Die Einheit des Unternehmens besteht, wie gesagt, rechtlich nur relativ: Als Objekt unerlaubter Handlungen, als zu berücksichtigendes Moment bei der Gestaltung der Zwangs-

vollstreckung, des Eigentums, usw., ja, wo sie absolut anmutet, im Falle der Bahneinheit, ist sie doch, wie die vielfach erwähnten Stellen zeigen, und oben bereits ausgeführt ist, so stark vom Faktischen abhängig, daß auch hier in Wahrheit nur eine relative Anerkennung vorliegt — tatsächlich sollten ja auch die Bahneinheitsgesetze nur ein einheitliches Pfand- und Zugriffsobjekt schaffen. Man sieht also: Nur in einzelnen juristischen Beziehungen läßt das Recht die Einheit des Unternehmens gelten, „wo ihm gerade ein unabweisbares Bedürfnis hierzu gegeben scheint" (Birkmeyer S. 111). Es wäre daher falsch zu behaupten, wenn das Unternehmen überhaupt rechtlich geschützt sei, so sei es in der Form des Rechts und müsse sich daher auch rechtlich analysieren lassen. Das Interessante ist gerade, daß es rechtlich geschützt ist, ohne in der Form des Rechts zu sein. Das dürfte allerdings der Grund für die reichliche Unternehmensliteratur sein, die über diese sonderbare Erscheinung nicht hinwegkam, weil sie sie nicht zu Ende nachgedacht hatte und nun meinte, das Unternehmen wegen des Schutzes, das es doch unbestreitbar genießt, juristisch unbedingt unterbringen zu müssen.

Es geht auch so!

Aus der unjuristischen Natur des Unternehmens ergibt sich der Ausnahmecharakter des Unternehmensschutzrechts. In der Darstellung wurde vieles gebracht, was nur der Wirkung nach Unternehmensschutz ist, nicht aber seinem Wesen nach (B. III, IV, Quellenschutz, der sich aus dem Zubehörrecht ergebende Vollstreckungsschutz). Aber meist besteht doch eine innere Verwandtschaft, wie beim Quellenschutz und der Würdigung der Bedeutung des Zubehörbegriffs auseinandergesetzt wurde.

Das Unternehmensschutzrecht ist kein großes Rechtsgebiet. Offenbar nur widerstrebend hat das Recht der wirtschaftlichen Notwendigkeit nachgegeben und sich zu einer Berücksichtigung der Einheit des Unternehmens herabgelassen. Jedoch ist der befolgte Weg der richtige. Es kann sich auch in Zukunft nur darum handeln, da wo das Bedürfnis einer Anerkennung des Unternehmens gerade auftaucht, dieses Bedürfnis zu befriedigen, nicht aber ein einheitliches Unternehmensschutzrecht oder ein absolutes Recht am Unternehmen zu schaffen. Dagegen kann dem Gedanken näher getreten werden, ob das Unternehmen nicht allgemein als Gegenstand *gewisser Rechte*, etwa des Pfandrechts oder als Gegenstand der Zwangsvollstreckung, ausgestaltet werden könnte. Schon hier dürften sich aber erhebliche Schwierigkeiten auftürmen, da die Verhältnisse nicht überall so einfach liegen wie beim Bahnunternehmen. Jedenfalls ist bei allen derartigen Versuchen wegen der Einmaligkeit einer jeden Unternehmensschöpfung, der Verschiedenartigkeit der Unternehmenszwecke und des Grades der Bedeutung der einzelnen Unternehmen für die Allgemeinheit ein feines Eingehen auf den einzelnen Fall vonnöten, was kaum überwindbare Schwierigkeiten bieten

dürfte. Wo sie aber überwunden werden sollten, wie es im Falle des Bahnunternehmens geschehen ist, da wird auch meist gleichzeitig ein Unternehmensschutz die Folge sein, weil dann ein Zwang zum Zusammenhalt der geschaffenen Einheit besteht.

Der gesetzgeberische Ansatz im Unternehmensschutzrecht ist daher richtig. Von ihm aus kann weiter gearbeitet werden. Zu fordern ist nur, daß er bestimmter als bisher festgehalten und durchgeführt wird. Es muß zu einem immer beachteten rechtspolitischen Grundsatz werden, daß jedes Gesetz vor der Feststellung des Gesetzestextes wegen der großen Bedeutung des Unternehmens für Wirtschaft und Staat auch auf seine Auswirkungen auf das Unternehmen nachgeprüft wird.

Besonders mangelhaft ist der Schutz bei der Zwangsvollstreckung und beim Arbeitskampf. Bezüglich des ersteren ließe sich leicht Abhilfe schaffen. Ein Weg dahin wurde oben gezeigt. Bezüglich des letzteren ist es sehr fraglich, ob im Wege der Gesetzgebung erhebliche Hilfe geleistet werden könnte. Vor allem würden Reformversuche auf diesem Gebiet bei der augenblicklichen politischen Lage auf absehbare Zeit wohl dem Widerstand einer Mehrheit begegnen, die darin eine kapitalistenfreundliche Reaktion wittern würde.

Notwendig ist ferner eine eingehende Durcharbeitung des geltenden Rechts unter dem Gesichtspunkt des Unternehmensschutzes, derart, daß die einzelnen Institute auf ihre Schädlichkeit für das Unternehmen geprüft und die reformbedürftigen zusammengestellt werden, so wie es hier mit den unternehmensschützenden sowie für das Mietrecht und für den Arbeitskampf geschah. Besondere Aufmerksamkeit dürfte dabei das Erbrecht und das Konkursrecht verdienen. Die Zerstückelung des Grundbesitzes im Westen z. B., besonders in der Rhein- und Moselgegend, ist sicher auf Erbvorgänge zurückzuführen und steht einer modernen Bewirtschaftung des Bodens hinderlich im Wege, was einen großen Nachteil im Konkurrenzkampf bedeutet. Im Konkursrecht dürfte die Allmacht der Gläubigerversammlung bezüglich des Verfügungsrechts über Gewerbebetriebe des Schuldners bedeutender Einschränkungen bedürfen. Wie oft kommt es vor, daß gutgehende Unternehmungen des Schuldners oder solche, an denen er maßgeblich beteiligt ist, im Konkurse einfach aufgelöst werden, bloß weil die Gläubiger aus Konkurrenzgründen ihre Vernichtung wünschen.

Walter Rathenau hat in seiner Schrift „Vom Aktienwesen" für die A.-G. die Forderung aufgestellt, das „Unternehmen an sich" gegen die Aktionäre zu schützen. Er unterscheidet Anlagesuchende und Spekulationsaktionäre. Während die Interessen der ersteren und der Verwaltungen parallel gingen, und ernsthafte Kämpfe zwischen ihnen und den Verwaltungen zu den Ausnahmen gehörten, seien die Spekulationsaktionäre an dem Unternehmen selbst gar nicht, sondern nur am Aktienkurs und an hoher Augenblicksdividende

interessiert. Wie Haußmann richtig festgestellt hat, besteht der Gegensatz in dieser Form nicht. Man muß, wie Haußmann vorschlägt, vielmehr zwischen Unternehmeraktionären und Gelegenheitsaktionären unterscheiden. In der Tat muß man sich bei Walter Rathenau fragen, wer denn eigentlich der Unternehmer bei der A.-G. sei. Die Aktionäre sind ihm nur Anlagesucher oder Spekulanten. Es bleibe also nur „die Verwaltung" übrig. Er wird aber wohl nicht im Ernst haben behaupten wollen, daß die Interessen der „Verwaltungen" ganz objektiv nur der Sache, dem Unternehmen an sich, und nicht der Dividende gälten. Denn entweder und meist sind die Mitglieder der Verwaltung selbst Aktionäre oder sie beziehen eine nicht unerhebliche Tantieme. In beiden Fällen sind sie an dem Ausfall der Dividende gleichermaßen interessiert.

Ueber das zahlenmäßige Verhältnis von konsolidiertem Besitz und Splitterbeteiligungen nun sagt Rathenau auf S. 150 ff.: „Wer in die Wertschriftenverzeichnisse unserer Banken blickt, der findet, daß einschließlich des rein spekulativen, also schlechthin verwerflichen Kleinbesitzes, die Splitterbeteiligungen zum konsolidierten Besitz in verschwindendem Verhältnisse stehen." Also kann der Kleinaktionär jedenfalls nicht die Gefahr der A.-G. sein. Wie soll sich übrigens die Forderung, den „kleinen Mann" vor den Gefahren der Börse zu schützen, mit der Prophezeihung einer Zeit, in der es „keinen kleinen Mann, sondern nur noch freie Männer gibt", vertragen? (S. 148). Dem freien Mann muß man auch die Freiheit zuerkennen, sich zu ruinieren. Wer sich freiwillig in Gefahr begibt, der muß damit rechnen, daß er darin umkommt. Es ist vielmehr sehr gut, wenn sich auch der kleine Mann an Gefahr gewöhnt. Es kann nur gut sein, wenn es überall bekannt wird, daß Besitz Sorge bedeutet. Die von Rathenau zum Schutze des kleinen Mannes geforderte Heraufsetzung der Mindestbeteiligungen ist daher verwerflich.

Gegen den großen Spekulanten aber weiß Rathenau selbst keinen Rat. Einen wirksamen gesetzlichen Schutz der A.-G. gegen den Spekulationsaktionär wird es niemals geben, solange es Aktiengesellschaften gibt, die sich an den freien Markt zwecks Kapitalbeschaffung wenden müssen.

Die Behauptung Rathenaus, daß es neben dem Aktienrecht ein von Juristen und sonstigen Unwissenden ungekanntes Aktienwesen gebe, ist von Haußmann längst abgetan, und es braucht darauf nicht mehr eingegangen zu werden.

Bedeutungsvoller als seine Erörterungen über das Recht der A.-G. sind die allgemeinen Ausführungen Rathenaus. Das private Unternehmertum steht in einer Krise. Täglich wird es fühlbarer, daß nicht jeder mehr mit seinem Besitz und dementsprechend auch mit seinem Unternehmen machen kann, was er will, sondern daß er bei der Verwendung seines Besitzes sich nach den Belangen der Allgemeinheit richten muß. Es ist die Lebensfrage der privaten Wirtschaft, ob das Unternehmertum „die bewußte Einord-

nung in die Wirtschaft der Gesamtheit, die Durchdringung mit dem Geiste der Gemeinverantwortlichkeit und des Staatswohls", die Rathenau fordert, vollziehen wird oder nicht.

„Wir leben mitten im Umschlag des bürgerlichen in das soziale Recht" (Karl Renner, Vorwort). Mögen die Unternehmer dafür sorgen, daß es für sie kein Totschlag wird. Hätten sich nicht in der Inflationszeit gewissenlose oder doch wenigstens kurzsichtige Elemente in so großer Zahl gefunden, die ihre Betriebsmittel für momentane Scheinprofite verschleuderten, so wäre die Stillegungsverordnung nicht gekommen. Nun ist sie da und viel verflucht. Sie wird aber so leicht nicht fallen, da sie eine willkommene Einfallspforte für die staatlich-kollektivistische Kontrolle bietet, an welcher große Massen interessiert sind. Das unverantwortliche Handeln eines Teils der Unternehmer hat sich gerächt.

Besonders bedeutungsvoll ist die Forderung der erhöhten Veranwortlichkeit für die modernen Riesenunternehmen. Diese Staaten im Staate sind keine privaten Unternehmen mehr in dem alten Sinne, sondern gigantische Machtkomplexe, Zusammenballungen von unternehmerischem Kapital, welche nicht mit demselben Maßstab gemessen werden können wie der erste beste Käseladen. Die sog. „Wirtschaftsdemokraten" sehen in ihnen nur die natürlichen Anbahnungen einer kommenden sozialistischen Wirtschaftsepoche. Möge sich das private Unternehmertum dessen eingedenk sein. Die Leitung derartiger Unternehmen fordert den staatlichen Eingriff, wenn es diejenigen, die über sie bestimmen, nicht verstehen, im Geiste des Ganzen zu denken und zu handeln. Nur so, durch die freiwillige Erhöhung ihrer Verantwortlichkeit, können sie sich die schöne Freiheit des privaten Strebens und die Herrschaft über die Wirtschaft sichern, die ihnen gehört. Daß dies aber im Rahmen der A.-G. nicht möglich sei, daß vielmehr das Unternehmen der A.-G. an sich eines besonderen Schutzes gegen seine Aktionäre über das bestehende Maß hinaus bedürfe, hat Rathenau nicht darzutun vermocht. Nicht die Rechtsform ist reformbedürftig, sondern der Geist der Unternehmer- und Kapitalistenwelt und zwar in dem mit den Worten Rathenaus wiedergegebenen Sinne. Wenn der Besitz keine Herausforderung und wirtschaftliche Macht keine Vergewaltigung mehr sind — und das sind sie dann nicht, wenn sie durch Leistung für das Ganze ausgeglichen werden — dann ist die Sozialisierung überflüssig und auch die soziale Frage gelöst.

Damit sind die Erörterungen dem juristischen Gebiete entrückt. In der Tat ist die Frage des Unternehmensschutzes weniger eine juristische als eine politische. Eine vernünftige Wirtschaftspolitik der Unternehmer sowohl wie des Staates wäre die beste Garantie für ein Gedeihen der Einzelunternehmen. Was die letztere angeht, so wirkt sie sich, wie jeder weiß, geradezu vernichtend auf die Unternehmen aus. Es gehört schon eine große Hoffnungsfreudigkeit dazu, angesichts des Vernichtungskrieges, den die staatliche Wirtschafts-,

Steuer-, Lohn- und Sozialpolitik, die vernünftigerweise an der Wirtschaftspolitik zu orientieren wären, gegen das private Unternehmertum, mit dem doch das Unternehmen steht und fällt, führt, an dem rechtlichen Schutz des privaten wirtschaftlichen Unternehmens zu arbeiten. Denn was sind die Schäden, die der Wirtschaft durch unmittelbare Angriffe auf das Einzelunternehmen entstehen, gegenüber den Verheerungen, welche die staatliche oder staatlich begünstigte Politik anrichtet? Diese sind allzu bekannt, als daß darauf noch näher eingegangen zu werden brauchte. Die Rechtsordnung ist noch fast ganz auf das individualistische Wirtschaftssystem eingestellt. Aber es droht diesem die Vernichtung durch kollektivistische Systeme, die sich über den Staat her in Wirtschaft und Recht festzusetzen versuchen. Niemand hilft dem privaten Unternehmertum in diesem Kampf, wenn es sich nicht selber hilft. Es ist daher notwendig, daß sich das private Unternehmertum zur Rettung der individualistischen Wirtschaftsweise zu einer politischen Abwehrfront zusammenschließt. Diese würde jedoch nutzlos sein, wenn sie nicht im Gefühl einer höheren sozialen Verantwortung formiert würde. Andernfalls wäre sie der beste Schutz des privaten wirtschaftlichen Unternehmens.

Lebenslauf.

Am 4. Oktober 1904 wurde ich in Gießen als Sohn des Kaufmanns Hermann Walther und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Schmalz, geboren.

Bis Ostern 1919 besuchte ich das humanistische Gymnasium zu Gießen. Als dann meine Eltern nach Duisburg zogen, besuchte ich das dortige Realgymnasium. Ostern 1921 trat ich in das städtische Realgymnasium zu Bonn ein, da meine Eltern ihren Wohnsitz nach Bonn verlegten. Hier bestand ich Ostern 1923 die Reifeprüfung. In den ersten beiden Studiensemestern studierte ich Philosophie, insbesondere Psychologie, und zwar zunächst in Tübingen, dann in Bonn. Sodann studierte ich ein Semester in Tübingen Staatswissenschaften. Darauf wandte ich mich der Rechtswissenschaft zu, deren Studium ich im Wintersemester 1924/25 in Tübingen begann. Im Sommersemester 1925 hörte ich in Berlin. Den Rest meines Studiums erledigte ich in Bonn. Im Jahre 1927 erkrankte ich schwer und mußte mein Studium infolge Kuraufenthaltes in der Schweiz bis Ostern 1928 unterbrechen. Am 28. Dezember 1929 bestand ich beim Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Staatsprüfung. Im Sommerhalbjahr 1930 war ich als Referendar beim Amtsgericht in St. Goar tätig. Jetzt bin ich als Referendar beim Landgericht in Bonn beschäftigt.

Meine Studienzeit habe ich, soweit es Zeit und Mittel erlaubten, auch zu Reisen benutzt. Dänemark, Holland, Elsaß-Lothringen, Südfrankreich, Italien, die Schweiz, Oesterreich und Danzig sind mir nicht mehr fremd.

Bonn, den 30. Oktober 1930.

Ernst Walther.